

# التفسير لِقَوَاعِدِ ابْنِ رَجَبٍ

لِفَضْلِهِ بِشَيْخِ  
د. خَالِدِ بْنِ عَبْدِ الْمُنْعِيقِ  
أَسَاز لِفَقْهٍ فِى كَلْبَةِ السَّرِيعَةِ بِجَامِعَةِ لِفَصِيمِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## مقدمة الناشر

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، كما يحب ربنا ويرضى،  
والشكر لله على ما أولى من نعم سابغة وأسدى، نحمده سبحانه وهو الولي  
الكريم، ونتوب إليه وهو التواب الرحيم، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده  
لا شريك له، ونشهد أن محمداً عبده ورسوله، أما بعد:

فقد أسعد قلوبنا، وأثلج صدورنا أن نقدم هذا الكنز الثمين، من ميراث  
الأنبياء والمرسلين، لإخواننا من طلاب العلم النابهين، قواعد فقهية، ومسائل  
وتنبيهات علمية، تمنح - بإذن الله - ملكة للقارئ، في فهم مقاصد وقواعد  
وشرائع دين الله رب العالمين.

فيا طالب العلم والفقهاء بين يديك نضع هذا الكتاب: «التقريب لقواعد  
ابن رجب» لفضيحة الشيخ أ. د. خالد بن علي المشيقح - حفظه الله تعالى -،  
ولا يخفى على أحد - طالع الكتاب - جهد الشيخ المبذول وعمله المبرور  
- بإذن الله تعالى - في هذا الكتاب.

ونحن في لجنة الدعوة والإرشاد - بجمعية إحياء التراث الإسلامي -  
قرطبة بدولة الكويت، نشكر فضيلة الدكتور على إتاحة فرصة طباعته ونشره بين  
الناس، سائلين الله تعالى أن يجعل هذا العمل في موازين حسنات كل من  
أسهم في طباعته ونشره، إنه على كل شيء قدير.

إخوانكم

لجنة الدعوة والإرشاد - قرطبة

دولة الكويت



## مقدمة المؤلف

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ، وَنُسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَلَا مَضَلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (آل

عمران: ١٠٢).

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (النساء: ١).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ (٧) ﴿يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ (٦) [الأحزاب: ٧٠، ٧١].

أما بعد:

فقد اهتم العلماء بالقواعد الفقهية؛ لما فيها من الإحاطة لأحكام الفروع دون حفظها والإلمام بمدلولاتها دون جمعها، ولما يترتب عليها من انتظام الكليات للجزئيات.

قال الزركشي: «فإن ضبط الأمور المنتشرة في القوانين المتحدة أوعى لحفظها وأدعى لضبطها، والحكيم إذا أراد التعليم لا بد أن يجمع بين باين: إجمالي تتشوف إليه النفس وتفصيلي تسكن إليه»<sup>(١)</sup>.

وقواعد ابن رجب كتاب كبير، ألخص أهميته فيما يلي:

- ١ - ما ذكره ابن رجب في أهمية هذه القواعد بقوله: «فهذه قواعد مهمة، وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتقيده الشوارد وتقرب عليه كل متباعد».
  - ٢ - أنه استوعب كثيراً من روايات الإمام أحمد، والأوجه عن الأصحاب، وأكثر النقل عن بعض كتب المذهب التي لا توجد الآن كبعض كتب القاضي أبي يعلى، وتلميذه ابن عقيل، وغيرهما من كبار الأصحاب.
  - ٣ - يحرر غالباً ما ورد عن الإمام أحمد من روايات، ويبين ما يصح منها على مقتضى أصوله.
  - ٤ - مناقشة ما يورده من تخريجات وأوجه عن الأصحاب تخالف أصول الإمام أحمد، وقواعد المذهب، وردّها، وبيان ضعفها.
  - ٥ - العناية بنقل اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية.
  - ٦ - أنه مرجع في معرفة المذهب، قال المرداوي: «فإن اختلفوا فالمذهب ما قدمه صاحب الفروع، فإن أطلق الخلاف، أو كان من غير المقدم فالمذهب ما اتفق عليه الشيخان؛ أعني: المصنف - ابن قدامة -، والمجد أو وافق أحدهما الآخر في أحد اختياريه وهذا ليس على إطلاقه وإنما هو في الغالب، فإن اختلفا فالمذهب مع من وافقه صاحب القواعد الفقهية، أو الشيخ تقي الدين»<sup>(١)</sup>.
- وكان عملي في هذا «التقريب» ما يلي:
- ١ - المحافظة على جملة القواعد، والمسائل المفرعة عليها، فلم أحذف شيئاً منها.
  - ٢ - قمتُ بصياغة بعض القواعد على شكل أقسام ليسهل فهمها.
  - ٣ - شرحت ما يحتاج إلى بيان وتوضيح بضرب المثال، وتفسير الغريب،

وبيان المراد من العبارة بالرجوع إلى كتب المذهب، وأضع ذلك إمّا في الحاشية، أو بين شرطتين - - .

٤ - قمت باختصار الكتاب بحذف ما يورده ابن رجب من فروع وتخريجات يقوم برَدّها، وتضعيفها.

٥ - تحرير المذهب فيما يطلقه من الروايات والأوجه قدر المستطاع. وأسأله سبحانه أن ينفع به كاتبه وقارئه، إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.

وكتبه

أ. د. خالد بن علي المشيقح



## القاعدة الأولى

## الماء الجاري كالراكد

والرواية الثانية: أن كل جرية لها حكم الماء المنفرد.

الماء الجاري: عكس الراكد، وهو الذي يمر بالشئ ويتجاوزه؛ كالأنهار، والسواقي، وغير ذلك.

والراكد: هو الماء المستقر.

ضابط الجرية: هو ما أحاط بالشئ من فوق وتحت ويمين ويسار، وتغيره لو خالفته في الطعم، أو في الرائحة، أو في اللون.

ينبغي على ذلك مسائل:

١ - لو وقعت في الماء الجاري نجاسة، فإن قلنا: كالراكد اعتبر مجموعته، فإن كان كثيراً - قُلتين فأكثر - لم ينجس بدون تغير، وإن كان أقل من قلتين نجس.

وعلى الرواية الثانية: تعتبر كل جرية بانفرادها فإن بلغت قلتين لم ينجس وإلا نجست.

٢ - لو غمس الإناء النجس في ماء جارٍ ومرّت عليه سبع جريات فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات؟ فعلى القول: بأنه كالراكد غسلة واحدة - إذ الغسلة على المذهب تعتبر بعد انفصال الماء -.

وعلى الرواية الثانية: أن كل جرية لها حكم الماء المنفرد فتعتبر سبع غسلات.

٣ - لو انغمس المحدث حدثاً أصغر في ماء جارٍ للوضوء ومرّت عليه أربع جريات متوالية فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا؟

على القول بأنه كالراكد لا يرتفع - إذ الغَسَلَةُ على المذهب تعتبر بعد انفصال الماء - .

وعلى الراوية الثانية: أن كل جَرِيَةٍ في حكم الماء المنفرد يرتفع، والمشهور عند الأصحاب: أنه يرتفع حدثه.

٤ - لو حلف لا يقف في هذا الماء وكان جارياً لم يحنث - بناء على أنه كالراكد - عند أبي الخطاب وغيره؛ لأن الجاري يتبدل ويستخلف شيئاً فشيئاً، فلا يتصور الوقوف فيه.

وقياس المنصوص: أنه يحنث، لا سيما والعُرف يشهد له والأيمان مرجعها إلى العُرف.





## القاعدة الثانية

### شعر الحيوان وظفره في حكم المنفصل عنه لا في حكم المتصل

هذا هو جَدَّةُ المذهب ويتفرع على ذلك مسائل :

- ١ - إذا مسَّ شعر امرأةٍ بشهوةٍ لم ينتقض وضوؤه، وكذلك ظفرها، أو مسَّها بظفره أو شعره.
- ٢ - أن الشعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب، وكذا ما طال من الظفر، أما على المشهور فإن انفصل من آدمي لم ينجس على الصحيح ومن غيره ينجس؛ لأنه كانت فيه حياة ثم فارقت حال انفصاله فمنعه الاتصال من التنجيس فإذا انفصل زال المانع فنجس.
- ٣ - غسل الشعر في الجنابة والحدث، فأما في الجنابة فيجب غسله على المذهب، وظاهر كلام الخراقي: أنه لا يجب غسله إذ هو في حكم المنفصل، وأما في الحدث الأصغر فلا يجب غسل المسترسل منه على الصحيح، وأما المُحاذي لمحل الفرض فيجزئ إمرار الماء على ظاهره إذا كان كثيفاً.
- ٤ - لو أضاف طلاقاً، أو عِتاقاً، أو ظهاراً إلى الشعر، أو الظفر لم يقع.
- كما لو قال لزوجته: شعرك طالق، أو شعرك علي كظهر أُمي، ونحو ذلك -.
- ٥ - لو كان جيبه واسعاً ترى منه عورته في الصلاة، وله لحيَةٌ كبيرةٌ تستره فيكفيه في الستر.



### القاعدة الثالثة

## الزيادة على المجزئ من العبادة

إذا أتى بالمُجزئ من العبادة، فزاد على ذلك فهل توصف الزيادة بأنها نفل، أو بأنها واجبة، فيوصف الكل بالوجوب؟ فيه وجهان:  
- المجزئ من العبادة: ما اشتمل على الشرط والواجب -.

هذه القاعدة على قسمين:

**القسم الأول:** أن تكون الزيادة متميزةً منفصلةً فلا إشكال في أنها نفلٌ بانفرادها كإخراج صاعين منفردين في الفطرة ونحوها.

**القسم الثاني:** أن تكون متصلةً فيه وجهان وينبغي عليه مسائل:

١ - إذا أدرك الإمام في الركوع بعد فوات قَدْرِ الإجزاء منه - وقَدْرُ الإجزاء منه السكون وإن قل، وقيل: قَدْرُ الذكر الواجب - فهل يكون مُدركاً له في ركوعٍ واجبٍ، أو تَطَوُّعٍ؟ ظاهر كلام القاضي: تخريجها على وجهين.

٢ - إذا وجب عليه شاة - كما لو ترك واجباً من واجبات الحج - فذبح بدَنَةً فهل كلها واجبة أو سبعها؟ على وجهين. والمذهب: كلها واجبة.

٣ - خمسٌ من الإبل زكاتها شاة فإذا أدَّى عنها بغيراً وقيل بالإجزاء - والمذهب عدم الإجزاء - فهل الواجب كله أو خمسه الواجب؟<sup>(١)</sup>.

فيه وجهان: فعلى القول بأن خمسه الواجب يجزئ - البعير - عن عشرين بغيراً أيضاً<sup>(٢)</sup>، وعلى الآخر - الواجب جميع البعير - لا يجزئ عن عشرين إلا أربعة أبعرة.

(١) إذ خمس وعشرون من الإبل فيها بنت مخاض.

(٢) إذ عشرون بغيراً فيها أربع شياه.

٤ - إذا مسح رأسه كله دفعةً واحدةً وقلنا الفرض منه قدر الناصية فهل الكل فرض أو قدر الناصية منه؟ الصحيح من المذهب: أن الواجب قدر الناصية.

٥ - إذا أخرج في الزكاة سنّاً أعلى من الواجب فهل كله فرض أو بعضه تطوع؟.

مثاله: وجب عليه بنت مخاضٍ عن خمسٍ وعشرين بغيراً، فأخرج بنت لبون.

قال أبو الخطاب: كلّ فرض، وقال القاضي: بعضه تطوع؟ وهو الصواب؛ لأن الشارع أعطاه جبراً عن الزيادة - فيأخذ منه السّاعي بنت لبون ويعطيه جبراً شاتين أو عشرين درهماً -.

فأمّا ما كان الأصل فرضيته ووجوبه ثم سقط بعضه تخفيفاً فإذا فعل الأصل وصف الكل بالوجوب على الصحيح، فمن ذلك: إذا صلّى المسافر أربعاً فإن الكل فرضٌ في حقه، ومنه إذا كفّر الواطئ في الحيض بدينارٍ فإن الكل واجبٌ وإن كان له الاقتصار على نصفه.



### القاعدة الرابعة

**يجوز تقديم العبادة بعد سبب وجوبها قبل الوجوب  
أو قبل شرط الوجوب، ولا يجوز تقديمها قبل سبب وجوبها**

تنقسم العبادات إلى ثلاثة أقسام:

**الأول:** عبادات بدنيّة، وهي التي تمحّض فيها البدن؛ كالصلاة والصيام، ونحو ذلك.

**الثاني:** عبادات ماليّة، وهي التي تمحّض فيها المال؛ كالزكاة، والوقف، ونحو ذلك.

**الثالث:** عبادات مركّبة، من البدن والمال، وهي التي جمعت بين البدن والمال؛ كالحج، والعمرة، والجهاد، ونحو ذلك.

والتقديم على السبب ينقسم إلى أقسام:

**القسم الأول:** تقديم العبادة على سببها لا يصح.

**القسم الثاني:** تقديم العبادة بعد وجود سبب وجودها صحيح، ولو كان قبل وجوبها أو قبل شرط وجوبها - وينبغي عليهما مسائل:

١ - الطهارة سبب وجوبها الحدث، فيجوز تقديمها بعد السبب، ولو بالزمن الطويل.

٢ - تقديم فدية الأذى إذا احتاج المُحرّم إلى فعل المحظور بعد وجود سبب الوجوب الذي هو العذر، وقبل فعل المحظور.

٣ - زكاة المال يجوز تقديمها بعد اكتمال النصاب وقبل الحوّل، ولا يجوز تقديمها قبل اكتمال النصاب؛ لأنه تقديم على السبب.

٤ - صيام التمتع والقران يجوز تقديمه بعد وجود السبب الذي هو

الإحرام بالعمرة، وقبل زمن الوجوب الذي هو يوم النحر، ولا يجوز تقديمه على الإحرام بالعمرة؛ لأنه تقديم على السبب.

٥ - كفارة اليمين مالية كانت أو بدنية يجوز تقديمها على ما تجب به الكفارة وهو الحنث - أي: مخالفة ما عقده من اليمين من ترك ما حلف على فعله، أو فعل ما حلف على تركه - بعد عقد اليمين الذي هو سبب الوجوب.

٦ - كفارة قتل الآدمي، أو جزاء الصيد للمُحَرَّم أو في الحَرَمِ يجوز إخراجه بعد السبب الذي هو الجرح، وقبل الوجوب الذي يكون بالزُّهوق.

٧ - النذر المطلق نحو إن شفى الله مريضى فله أن أتصدق بكذا فله أن يتصدق في الحال، ذكره ابن عقيل، فيجوز التقديم بعد السبب الذي هو عقد النذر وقبل الوجوب الذي يحصل بالشفاء، ولا يجوز قبل عقد النذر؛ لأنه تقديم على السبب.

٨ - يجوز تقديم صلاة العصر إلى وقت الظهر، والعشاء إلى وقت المغرب عند عذر الجمع عند وجود السبب الذي هو الزوال والغروب؛ لأن الوقتين في حال العذر صارا كالوقت الواحد.

٩ - صلاة الجمعة فإن سببها اليوم؛ لأنها تضاف إليه فيجوز فعلها بعد زوال وقت النهي من أول اليوم وإن كان الزوال هو وقت الوجوب.

**القسم الثالث: تقديم غير العبادة على شرط وجوبه بعد وجود السبب.**

وينبغي عليه مسائل:

١ - الإبراء من الدِّية يصح بعد وجود سبب وجوبها الذي هو الجنائية، وقبل شرط الوجوب الذي هو الموت.

٢ - العفو عن القصاص يصح بعد وجود سبب وجوبها الذي هو الجنائية، وقبل شرط الوجوب الذي هو الموت.

فيه روايتان، والمذهب: صحته.

٣ - توفية المضمون عنه للضامن الدَّيْنِ يصح بعد سبب الوجوب الذي هو عقد الضمان، وقبل الوجوب الذي هو أداء الضامن للمضمون له.

٤ - عَفْوُ الشَّفِيعِ قبل وجوب الشُّفْعَةِ الذي يكون ببيع شريكه، وبعد وجود سببه الذي هو الشركة.

٥ - إسقاط الورثة حقهم من وصية مُورَثَهم في مرضه فالمنصوص عن أحمد: أنه لا يصح وشبهه في موضع بالعفو عن الشُّفْعَةِ، فخرَّجَه الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية على روايتين.

٦ - إتياء المكاتب ربع الكتابة بعد السبب الذي هو عقد الكتابة.



### القاعدة الخامسة

## من عَجَلَّ عبادةً قبل وقت الوجوب، ثم جاء وقت الوجوب وقد تغيَّر الحال

هذا على قسمين :

أحدهما: أن يتبين الخلل في نفس العبادة بأن يظهر وقت الوجوب أن الواجب غير المُعَجَّل، ولذلك صور:

١ - إذا كَفَّر بالصوم قبل الحنث ثم حنث وهو مُوسِرٌ أجزأ؛ لأنه كان فرضه في الظاهر فبرئ به وانحلت يمينه بمعنى أنها لم تبق منعقدة بالتكفير فصادف فعل المحلوف عليه ذمَّةً بريئةً من الواجب فلم يحصل به الحنث؛ لأن الكفارة حلت، وقد صرَّح أبو بكر عبد العزيز بأن الكفارة قبل الفعل - الحنث - تحل اليمين المنعقدة وبعده تُكفِّر أثر المخالفة.

٢ - إذا كَفَّر المتمتع بالصوم ثم قدر على الهدي وقت وجوبه أجزأه؛ لأن صومه صح فبرئت ذمته به فصادف وقت وجوب الهدي ذمَّةً بريئةً من عَهْدَةِ الواجب.

٣ - إذا عَجَّل عن أربع وعشرين من الإبل أربع شياهٍ ثم نتجت واحدة قبل الحَوْل.

ففيه وجهان: أحدهما: لا يجزئه ويجب عليه إخراج بنت مخاض.

والثاني: يجزئه عن العشرين ويخرج عن الباقي خمس بنت مخاض.

٤ - إذا صَلَّى الصبي في أول الوقت ثم بلغ ففي وجوب الإعادة وجهان: المنصوص: أنه يجب، واختار القاضي في شرح المذهب خلافه؛ لأنه فعل المأمور به في أول الوقت فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور فامتنع تعلق الوجوب به.

القسم الثاني: أن يتبين الخلل في شرط العبادة المُعَجَّلَة، فالصحيح: أنه يجزئه، ويتفرع عليه مسائل:

١ - إذا عَجَّلَ الزكاة إلى فقيرٍ مسلمٍ فحال الحَوْل، وقد مات أو ارتدَّ أو استغنى من غيرها.

٢ - إذا جمع بين الصلاتين في وقت أولاهما بتيممٍ، ثم دخل وقت الثانية وهو واجدٌ للماء.

٣ - إذا قصر الصلاتين في السفر في وقت أولاهما ثم قدم قبل دخول وقت الثانية.





### القاعدة السادسة

**إذا فعل عبادةً في وقت وجوبها يظن أنها الواجبة عليه،  
ثم تبين بآخره أن الواجب كان غيرها فإنه يجزئه**

هذه القاعدة تنقسم إلى قسمين:

**القسم الأول:** أن يتبين بعد الفراغ من العبادة أن الواجب غير ما فعل فتجزئ.

ومن مسائل ذلك:

١ - إذا أناب العاجز عن الحج عجزاً لا يرجى بُرؤه، ثم برئ فإنه يجزئه؛ لأنه فعل الواجب عليه في وقته.

٢ - إذا كفر العاجز عن صيام رمضان بالإطعام للإيأس من بُرئه ثم عوفي أجزاءه.

٣ - إذا ارتفع حيضها ولا تدري ما رفعه فإنها تعتدُّ سنةً، فإذا اعتدت سنةً ثم رأت الحيض لم يلزمها الاعتداد به.

٤ - إذا صلى الظهر من لا جمعة عليه لأجل العذر، ثم زال العذر قبل تجميع الإمام فإنه لا يلزمه إعادة الجمعة مع الإمام.

**القسم الثاني:** إذا فعلت العبادة حال خلل في شرطها؛ لخفاء ذلك الخلل، ثم تبين ذلك الخلل بعد الفراغ منها فإنه يُغتفر على الأصح.

١ - إذا أدى الزكاة إلى من يظنه فقيراً، ثم بان أنه غنيٌّ فإنها تسقط على أصح الروايتين.

٢ - إذا صلى المسافر بالاجتهاد إلى القبلة، ثم تبين الخطأ فإنه لا إعادة عليه.

٣ - إذا حكم الحاكم بشهادة عدلين في الظاهر ثم تبين فسقهما ففي نقض الحكم روايتان، والمشهور النقض لتعلق حق الغير به.

مسألتان:

**الأولى:** إذا اصطاد بكلبٍ معلَّم ثم أكل الكلب من الصيد فإنه لا تحرم صيوده المتقدمة على الصحيح - مع أنه اختل شرط من شروط تعليمه وهو عدم الأكل - لكن مأخذه أنا لم نتبين فساد تعليمه لجواز أن يكون نسيه بعد تعلّمه أو نسي إرساله.

**الثانية:** الإعادة على من نسي الماء في رَحْلِهِ وتيمم ثم صَلَّى، أو صَلَّى صلاة شدة الخوف لسواد ظنه عدوًّا فلم يكن أو كان بينه وبينه ما يمنع العبور، فلأنه مبنيٌّ على أنه فرط بترك البحث والتحقيق، لا لخللٍ في الشرط في المسألتين.



### القاعدة السابعة

**من تلبَّس بعبادةٍ ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجداً له  
قبل الشروع لكان هو الواجب دون ما تلبَّس به هل يلزمه  
الانتقال إليه أو يمضي ويجزئه؟**

هذه القاعدة تنقسم إلى قسمين :

**القسم الأول:** أن يكون المُتَلَبِّسُ به رخصةً عامَّةً شرعت تيسيراً على  
المكلف مع إمكان إتيانه بالأصل على ضَرْبٍ من المشقة، فهذا لا يجب عليه  
الانتقال منه بوجود الأصل .

ومن مسائله :

١ - المُتَمَتِّعُ إذا شرع في الصيام لعجزه عن الهَدْيِ، ثم وجده قبل فراغه  
من الصيام .

٢ - من شرع في صيام كفَّارة ظَهَارٍ أو يمينٍ أو غيرهما لعجزه عن  
الرقبة، وفي أثناءه وجد الرقبة .

**القسم الثاني:** أن يكون المتلبس به إنما شرع ضرورةً للعجز عن  
الأصل، ثم وجد الأصل في أثناءها فهذا يلزمه الانتقال إلى الأصل عند القدرة  
عليه .

ومن مسائله :

١ - الصغيرة إذا شرعت بالاعتداد للطلاق بالأشهر، ثم حاضت في أثناء  
العدة .

٢ - المتيمم إذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء في أثناءها بطلت؛ لأن  
التيمم طهارة ضرورةً على المذهب يشبه العدة بالأشهر، وبيان الضرورة: أنه

تستباح معه الصلاة بالحدث فإنه غير رافع له على المذهب فلا يجوز إتمام الصلاة محدثاً مع وجود الماء الرَّافع له .

٣ - إذا نكح المعسر الخائف للَعَنَتِ أمة ثم زال أحد الشرطين - وهما عدم القدرة على مهر الحرة، وخوف العَنَتِ - فهل ينفسخ نكاحه؟ على روايتين، والنكاح فيه شوب عبادة.



## القاعدة الثامنة

### من قَدَرَ على بعض العبادة وعجز عن باقيها

هل يلزمه الإتيان بما قدر عليه منها أم لا؟ هذا أقسام:

**القسم الأول:** أن يكون المقدور عليه ليس مقصوداً في العبادة، بل هو وسيلة محضة لم يجب؛ كتحرريك اللسان في القراءة في الصلاة للأخرس، وإمرار المؤسَى على رأس الأقرع لتَعَذُّر الحلق في الحج والعمرة، والختان لمن ولد مَخْتوناً؛ لأنه إنما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع، وقد سقطت هذه الأشياء فسقط ما هو من ضرورتها.

**القسم الثاني:** من قدر على بعض العبادة، وعجز عن باقيها، وكان وجوب المقدور عليه احتياطاً للعبادة، ليتحقق حصولها، شرع الإتيان بالمقدور عليه إن بقي من العبادة الأصلية شيء، وإلا لم يشرع.

**مثاله:** غسل المرفقين في الوضوء فإذا قطعت اليد من المرفق وجب غسل رأس المرفق، أما إذا لم يبق شيء بالكلية سقط التبع كإمساك جزء من الليل في الصوم فلا يلزم من أبيح له الفطر بالاتفاق.

**القسم الثالث:** من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها وكان وجوب ما قدر عليه تبعاً لغيره على وجه التكميل واللواحق لم يجب، وينبغي عليه مسائل:

١ - رمي الجمار والمبيت بمزدلفة وبمنى لمن فاتته الحج بطلوع فجر يوم النحر وهو لم يقف فالمشهور: أنه لا يلزمه؛ لأن ذلك كله من توابع الوقوف بعرفة، وليس مقصوداً لذاته.

٢ - المريض إذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود فإنه لا يلزمه ذلك؛ لأن السجود على بقية الأعضاء إنما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلاً له.

**القسم الرابع:** من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها، وكان المقدور عليه جزءاً من العبادة وليس بعبادة في نفسه بانفراده لم يلزم.

**مثاله:** صوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجز عن إتمامه فلا يلزمه بغير خلاف.

**القسم الخامس:** من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها، وكان المقدور عليه غير مأمور به لضرورة. مثاله: عتق بعض الرقبة في الكفارة فلا يلزم القادر عليه إذا عجز عن التكميل؛ لأن الشارع قصده تكميل العتق مهما أمكن ولهذا شرعت السراية والسعاية<sup>(١)</sup>.

**القسم السادس:** من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها، وكان المقدور عليه عبادة مشروعة في نفسه فيجب فعله عند تعذر فعل الجميع بغير خلافٍ ويتفرّع عليه مسائل كثيرة منها:

١ - العاجز عن القراءة يلزمه القيام؛ لأنه وإن كان مقصوده الأعظم القراءة لكنه أيضاً مقصود في نفسه وهو عبادة مُنفردة.

٢ - من عجز عن بعض الفاتحة لزمه الإتيان بالباقي.

٣ - من عجز عن بعض غُسل الجنابة لزمه الإتيان بما قدر منه؛ لأن تخفيف الجنابة مشروعٌ ولو بَغُسل أعضاء الوضوء، كما يشرع الوضوء للجنب إذا أراد النوم أو الوطء أو الأكل ويستبيح به اللُبث في المسجد.

٤ - إذا قدر على بعض صاعٍ في صدقة الفطر لزمه إخراجه.

ووقع التردد في مسائل أخرى:

منها: المحدث إذا وجد ما يكفي بعض أعضائه ففي وجوب استعماله وجهان ومأخذ من لا يراه واجباً: إما أن الحدث الأصغر لا يتبعّض رفعه فلا يحصل به مقصود، أو أنه يتبعّض لكنه يبطل بالإخلال بالموالاة فلا يبقى له فائدة، أو أن غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدم - والأظهر إلحاق هذه المسألة في القسم الرابع -.

(١) السراية: لو أعتق بعضه - كیده - سرى العتق إلى باقيه، والسعاية: لو أعتق بعض الشركاء نصيبه من الرقيق سرى عليه إن كان موسراً، وإلا: استسعى الرقيق.

## القاعدة التاسعة

## العبادات الواقعة على وَجْهِ مُحَرَّم

أو - [هل النهي يقتضي الفساد؟] -

هذه القاعدة تنقسم إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: أن يعود النهي إلى ذات العبادة فلا تصح.

أمثلة ذلك:

١ - صوم يوم العيد لا يصح؛ لأن النهي عائدٌ إلى ذات العبادة وهو الصوم.

٢ - الصلاة في أوقات النهي وفي مواضع النهي لا تصح؛ لأن التحريم عائدٌ إلى ذات العبادة وهي الصلاة.

٣ - التطوع بصيام أيام التشريق لا يصح؛ لأن النهي يعود إلى ذات العبادة.

القسم الثاني: أن يعود النهي إلى شرط العبادة على وَجْهِ يختص بها، فلا تصح.

مثال ذلك:

١ - الصلاة في الثوب النجس لا تصح؛ لأن التحريم يعود إلى شرط الصلاة على وَجْهِ يختص بالصلاة، فاجتناب النجاسة خاصٌ بالصلاة، فلا يحرم لبس النجس خارجها.

٢ - الصلاة بلا ستر للعورة لا تصح؛ لأن النهي يعود إلى شرط الصلاة على وَجْهِ يختص؛ إذ لا يمتنع كشف العورة خارج الصلاة للحاجة.

القسم الثالث: أن يعود النهي إلى شرط العبادة على وَجْهِ لا يختص بها فلا تصح على المذهب.

والرواية الثانية: تصح، ومن أمثلته:

١ - الوضوء بالماء المغصوب، فإن تحريم الوضوء بالماء المغصوب يعود إلى شرط الصلاة وهو الطهارة، لكنه على وجه لا يختص بالعبادة، فإن استعمال الماء المغصوب مُحَرَّم في الوضوء وغيره.

٢ - الصلاة في الثوب المغصوب، فإن تحريم استعمال الثوب المغصوب يعود إلى شرط العبادة وهو ستر العورة في الصلاة، لكنه على وجه لا يختص بالعبادة، فإن النهي عن استعمال المغصوب في الصلاة وغيرها.

٣ - صلاة الرجل في ثوب الحرير، فإن تحريم لبس الرجل لثوب الحرير عائدٌ إلى شرط العبادة، وهو ستر العورة، لكنه على وجه لا يختص بالصلاة؛ لأن نهى الرجل عن لبس الحرير في الصلاة وخارجها.

**القسم الرابع:** أن يعود إلى ما ليس بشرط - إلى أمرٍ خارج - ومن أمثلته:

١ - الوضوء من الإناء المغصوب، فإن التحريم لا يعود إلى ذات العبادة ولا شرطها، وذلك أن الإناء ليس شرطاً للوضوء فيصح الوضوء من غير إناء؛ كالبرك والأنهار والأودية وغيرها.

٢ - الحج بالمال المغصوب، وذلك أن التحريم لا يعود إلى العبادة ولا شرطها، فالمال ليس شرطاً لصحة الحج، فلو حصل الحج مع رُقعة من غير مالٍ صحَّ وأجزأ.

٣ - حج المرأة بغير مَحْرَم، وذلك أن تحريم سفر المرأة بغير مَحْرَم لا يعود إلى الحج ولا إلى شرطه، فتحريمه مُطْلَقٌ في الحج وغيره، ووجوب المحرم مع المرأة في سفر الحج ليس شرطاً لصحته، فلو حجت من غير مَحْرَمٍ صح.

٤ - صلاة من عليه عمامة غصب أو حَرِير، أو في يده خاتم ذهب، النهي يعود إلى أمرٍ خارج، لا إلى ذات العبادة ولا شرطها.



## القاعدة العاشرة

### ما يصح أن يُترجم عنه من ألفاظ العبادات، والمعاملات

هذه القاعدة تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

**القسم الأول:** ما يشترط لفظه ومعناه، فلا تجوز ترجمة لفظه بِلُغَةٍ أخرى.

وهذا خاص بالقرآن الكريم، فلا تجوز الترجمة عن لفظه بلغة أخرى؛ لإعجازه بلفظه ومعناه.

**القسم الثاني:** ما يشترط معناه دون لفظه، فتجوز ترجمته والتعبير عنه بلغةٍ أخرى؛ لأن المقصود المعنى وهو يحصل بأي لُغَةٍ، ومن مسائل ذلك:

١ - ألفاظ العقود: كعقد البيع والإجارة ونحوهما.

٢ - ألفاظ الفسوخ: كالطلاق والخُلْع والظَّهَار ونحو ذلك.

**القسم الثالث:** ما يشترط لفظه مع القدرة عليه، فلا تجوز ترجمته مع القدرة على لفظه، ويجوز عند العجز عن لفظه. ومن مسائل ذلك:

١ - ألفاظ التكبير والتسبيح والدعاء في الصلاة.

٢ - خطبة الجمعة لا تصح مع القدرة بغير العربية، وتصح مع العجز.

٣ - ألفاظ النكاح واللَّعان ينقد مع العجز بغير العربية.



## القاعدة الحادية عشرة

### التَّنْفُلُ لِمَنْ عَلَيْهِ فَرَضٌ

من عليه فرض هل له أن يتنفل قبل أدائه بجنسه أم لا؟

هذه القاعدة تنقسم إلى أربعة أقسام:

**القسم الأول:** التنفل بغير جنس الفرض الذي عليه جائزٌ.

مثال ذلك: أداء صدقة التطوع قبل أداء فريضة الصلاة.

**القسم الثاني:** العبادات المحضة الموسَّعة يجوز التَّنْفُلُ قبل أدائها

بجنسها.

مثال ذلك:

١ - التَّنْفُلُ بالصلاة قبل ضيق الوقت عن المكتوبة.

٢ - التَّنْفُلُ بالصيام قبل قضاء رمضان على الصحيح.

**القسم الثالث:** العبادات المحضة المُضَيِّقة، فلا يجوز التَّنْفُلُ بجنسها قبل

أدائها.

مثال ذلك:

١ - التَّنْفُلُ عند ضيق وقت المكتوبة عنها، لا يصح.

٢ - من عليه صلاة فائتة هل يصح التَّنْفُلُ المطلق قبل قضائها؟ على

وجهين؛ لأن قضاء الفوائت على الفور.

٣ - إذا شرع في التَّنْفُلِ بعد إقامة الصلاة المكتوبة فهل تصح؟ على

وجهين؛ لأن الجماعة واجبة.

٤ - صوم رمضان لا يصح أن يصوم فيه عن غيره فإن فعل لم يصح عن

نفله، ولا فرضه.

٥ - إذا حج تطوُّعاً قبل حجة الإسلام لم يقع عن التطوع، وانقلبت عن حجة الإسلام على المذهب الصحيح.

٦ - لو حج عن نذره أو عن نَفْلٍ وعليه قضاء حُجَّةٍ فاسدةٍ وقعت عن القضاء دون ما نواه على المذهب.

فأما إن تنفل بالحج بعد قضاء حجة الإسلام وقبل الاعتماد أو بالعكس جاز؛ لاختلافهما.

**القسم الرابع:** العبادات المالية، وهي أنواع:

**النوع الأول:** الزكاة فيصح أن يتنفل بالصدقة قبل أدائها وإن كانت على الفور، وكذلك نص أحمد في رواية مهناً فيمن عليه زكاة ونذر لا يبالي بأيهما يبدأ.

**النوع الثاني:** التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة إذا تبرع بها وعليه دَيْنٌ ولم يكن حجر عليه، فالمذهب صحة تبرعه وإن استغرق ماله في ذلك.

واختار الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللهُ: أنه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء.

**النوع الثالث:** التصرفات المالية، بما ينقل الملكية، لمن حجر عليه، فلا تصح.

مثال ذلك: عتق المحجور عليه، ووقفه، وهبته، وصدقته، ونحو ذلك.



## القاعدة الثانية عشرة

### العبادات الواردة على وجوهٍ مُتعددةٍ

وتحت هذه القاعدة قسمان:

**القسم الأول:** هل الأفضل المداومة على نوع واحدٍ من هذه الأنواع، أو العمل بجميع هذه الأنواع تارةً بنوعٍ، وتارةً بنوعٍ، في أوقاتٍ شتى؟  
المذهب: أن العبادات الواردة على وجوهٍ مُتعددةٍ يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه الواردة فيها من غير كراهة لبعضها، وإن كان بعضها أفضل من بعض.

وظاهر كلام الأصحاب: الأفضل المداومة على نوع منها<sup>(١)</sup>.

واختار الشيخ تقي الدين: العمل بجميع هذه الأنواع تارةً بنوعٍ، وتارةً بنوعٍ، في أوقاتٍ شتى؛ لأن فيه اقتداء بالنبي ﷺ في تنوعه.

**القسم الثاني:** هل الأفضل الجمع بين ما أمكن جمعه من تلك الأنواع، أو الاقتصار على واحدٍ منها؟ هذا فيه نزاع في المذهب ويندرج تحت ذلك صور:

١ - مسح الأذنين، المذهب: أنه يستحب مسحهما مرةً واحدةً إما مع الرأس أو بماءٍ جديدٍ، وحكي عن القاضي عبد الوهاب بن جلبة: أن الأفضل الجمع بينهما، بأن تمسح الأذنين بما فضل من الرأس ثم تأخذ ماءً جديداً فتمسح الأذنين مرةً أخرى.

(١) مثال ذلك: أنواع الاستفتاحات، فالمذهب: أن الأفضل الاستفتاح بسبحانك اللهم وبحمدك، وأنواع التشهدات، فالمذهب: أن الأفضل تشهد ابن مسعود، وأنواع وضع الأيدي أثناء القيام في الصلاة، فالمذهب: أن الأفضل أن توضع تحت السرة، وهكذا.

٢ - الاستفتاح، المذهب: أن الأفضل الاستفتاح بسبحانك اللهم مقتصرًا عليه، واختار ابن هبيرة: أن الجمع بينه - سبحانك اللهم وبحمدك - وبين الاستفتاح بوجهي أفضل.

٣ - إجابة المؤذن هل يشرع فيها الجمع بين الحَيَعَلَة والحَوْفَلَة أم لا؟ وكذا في الثوب في الفجر؟ فيه وجهان.

٤ - سُنَّة الجمعة: بعدها نقل عن أحمد أنه قال: «أمر النبي ﷺ بأربع ركعات»<sup>(١)</sup>. وصلى ركعتين<sup>(٢)</sup>، فأيهما فعلت فحسن، وإن أردت أن تحتاط صليت ركعتين وأربعاً جمعت فعله وأمره.

٥ - ألفاظ الصلاة على النبي ﷺ في التشهد فإنه قد ورد فيها «كما صليت على آل إبراهيم»<sup>(٣)</sup> وورد «كما صليت على إبراهيم»<sup>(٤)</sup> فمن الأصحاب من اختار الجمع بينهما وقد يكون مستنده جمع الروایتين، وأنكر الشيخ رحمه الله ذلك وقال: لم يبلغني فيه حديث مسندٌ ثابتٌ بالجمع بينهما، ولا يصح أن يجمع بين الروایتين؛ لأنه كان يقول هذا تارةً وهذا تارةً فأحد اللفظين بدلٌ عن الآخر ولا يصح الجمع بين البدل والمُبدل.



(١) أخرجه مسلم في الجمعة، باب الصلاة بعد الجمعة (٨٨١).

(٢) أخرجه البخاري في الجمعة، باب الصلاة بعد الجمعة وقبلها (٩٣٧)، ومسلم في الجمعة، باب الصلاة بعد الجمعة (٨٨٢).

(٣) أخرجه البخاري في الدعوات، باب الصلاة على النبي (٦٣٥٧)، ومسلم في الصلاة، باب الصلاة على النبي بعد التشهد (٤٠٥).

(٤) أخرجه البخاري في الدعوات، باب الصلاة على النبي (٦٣٥٨).

### القاعدة الثالثة عشر

## تغليب الظاهر على الأصل

إذا وجد سببٌ معلومٌ - ظاهرٌ - لأثرٍ حملَ ذلك الأثر على ذلك السبب المعلوم، ولو احتمل وجود غيره؛ لأن الأصل أن لا علّة سوى هذه العلة المتحققة، وقد يظهر في بعض المسائل الإحالة عليها فيتوافق الأصل والظاهر، وقد يظهر الإحالة على غيرها فيختلفان.

وفيه مسائل:

١ - إذا وقع في الماء نجاسةٌ ثم غاب عنه، ثم وجده متغيراً فإنه يُحكم بنجاسته إحالةً للتغيير على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود مغير غيرها<sup>(١)</sup>.

٢ - إذا وجد من النائم قبل نومه سببٌ يقتضي خروج المذي منه من تفكير أو ملاعبة، ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللاً لم يتيقنه منياً ولم يذكر حُلماً فإن المنصوص عن أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه لا غسل عليه إحالة للخارج على السبب المتيقن وهو المقتضي لخروج المذي؛ لأن الأصل عدم وجود غيره - فالظاهر هنا كونه مذياً؛ لوجود سببه -.

٣ - لو جرح صيداً جرحاً غير مُوحٍ - أي: غير قاتل - ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر فيه غير سهمه حل أكله إحالة على السبب المعلوم.

وعن الإمام أحمد: إن غاب ليلة لم يحل، وإلا حل؛ وعُلِّل بأن هوامَّ الليل كثيرة، فكأن الظاهر وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوي على الأصل وهو عدم إصابة غير السهم له.

(١) الأصل طهارة الماء، والظاهر نجاسته؛ لوجود سبب النجاسة.

٤ - لو جرح المُحَرِّم صيداً جرحاً غير مُوَحٍ ثم غاب عنه، ثم وجده ميتاً فهل يضمّنه كله أو أرش الجرح؟ على وجهين، وجزم بعض الأصحاب بضمّان أرش الجرح فقط؛ لأنه المتيقن - إذ هو الظاهر -، والأصل براءة الذمة.

٥ - لو جرح آدمياً معصوماً جرحاً غير مُوَحٍ، ثم مات وادّعي أنه مات - بغير الجرح -، فالقول قول الوليّ مع يمينه، ولم يحك أكثر الأصحاب في ذلك خلافاً لإحالة للزهوق على الجرح المعلوم - إذ هو الظاهر -.

٦ - لو قال لأُمّته ولها ولد هذا الولد مني، فهل يثبت بذلك استيلاء الأُمّة؛ أي: أن تكون أم ولد منه؟ على وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأننا لا نعلم سبباً يتحقق به لحقوق النسب هنا غير ملك اليمين، فيحال للحقوق عليه فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاء في الأُمّة.

والثاني: لا؛ لاحتمال استيلاءه قبل ذلك في نكاح أو وطء شبهة.

٧ - لو ادّعى رق مجهول النسب فشهدت له بينة أن أُمّته ولدته ولم تقل في ملكه فهل يحكم له به؟

على وجهين: رجّح الشيخ مجد الدين: أنها إن شهدت أن أُمّته ولدته ونحو ذلك مما فيه إضافة الولد إلى الأُمّة المضافة إليه حكم له بالولد، فإن لم يكن كذلك بأن شهدت أن هذا ولد هذه الأُمّة، وأن أُمّه ملكٌ له لم يحكم له بالولد.

٨ - لو قال رجل: هذا ابني من زوجتي وادّعت زوجته ذلك، وادّعت امرأة أخرى - ليست زوجة له الآن - فهو ابن الرجل، وترجع زوجته على الأخرى؛ لأن زوجها أبوه فالظاهر أنها أُمّه.

٩ - لو باع أُمّة له فولدت عند المشتري فادّعى البائع أنه ولده فصدقه المشتري، فتصير أم ولد للبائع وينفسخ البيع نصّ عليه أحمد رحمّه الله؛ لأنها ولدت في ملكه وصدقه المشتري على ذلك.

١٠ - لو ولدت المطلقة الرجعية ولداً لا يمكن إلحاقه بالمطلق إلا بتقدير وطء حاصل منه في زمن العدة، لحقه؛ لأن الفراش لم يزل بالكلية فإحالة الحمل عليه أولى.

١١ - أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم إذا كان ثم سبب ظاهر يحال الأخذ عليه ولا يجوز إذا كان السبب خفياً، هذا المذهب فيباح للمرأة أن تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف، وللضيف إذا نزل بالقوم فلم يُقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قِراه بالمعروف؛ لأن السبب إذا ظهر لم ينسب أخذه إلى خيانه، بل يحال أخذه على السبب الظاهر بخلاف ما إذا خفي فإنه ينسب بالأخذ إلى الخيانة.

١٢ - لو قال في مرضه إن ميتاً من مرضي هذا فسالماً حُرٌّ وإن برئت منه فغانم حُرٌّ، ثم مات ولم يعلم هل مات من المرض أو برئ منه عُتق سالماً؛ لأن الأصل دوام المرض وعدم البرء ولأننا قد تحققنا انعقاد سبب الموت بمرضه وشككنا في حدوث سببٍ آخر غيره فيحال الموت على سببه المعلوم.

١٣ - لو أصدقها تعليم سورةٍ من القرآن ثم طلقها ووجدت حافظة لها وتنازعا هل علمها الزوج فبرئ من الصداق أم لا؟ فأيهما يقبل قوله.

فيه وجهان - المذهب: قبل قولها بيمينها - وخرَجَ عليهما الشيخ تقي الدين رَحِمَهُمُ اللَّهُ: مسألة اختلافهما في النفقة والكسوة مدة مقامها عند الزوج هل كانت من الزوج أو منها؟

١٤ - لو ادَّعى صاحب الزرع أن غنم فلانٍ نفشت فيه ليلاً، ووجد في الزرع أثر غنمه قضي بالضمان على صاحب الغنم إحالة على السبب المعلوم.

١٥ - لو تزوج بكراً فادَّعت أنه عنين فكذبها وادَّعى أنه أصابها وظهرت ثيباً، فادَّعت أن ثيوبتها بسببٍ آخر فالقول قول الزوج إحالة على السبب المعلوم وهو النكاح.

١٦ - اللوث في القسامة<sup>(١)</sup>.

وهو العداوة، أو كل ما يُغلب على الظن صدق المُدَّعي، مثاله: لو ادَّعى على رجل أنه هو القاتل، ووجد من القرائن ما يغلب على الظن صدق الدعوى كأن يكون بجانب مقتولٍ رجل ومعه سلاح صحت الدعوى على أنه هو القاتل إحالة على السبب المعلوم.

(١) اللوث على المشهور من المذهب: العداوة الظاهرة التي تكون بين القبائل، واختار شيخ الإسلام: أن اللوث هي كل ما يغلب على الظن صدق المدعي.



## القاعدة الرابعة عشر

**إذا وجد سبب إيجابٍ أو تحريمٍ من أحد رجلين  
لا يعلم عينه منهما، فلا يلحق الحكم بكل واحد منهما**

وقيل: يلحق بكل منهما، ولها صور:

١ - إذا وجد اثنان منياً في ثوبٍ ينامان فيه، أو سمعا صوتاً خارجاً ولم يعلم من أيهما، فالمذهب: لا يلزم واحداً منهما غسلٌ ولا وضوءٌ نظراً إلى أن كل واحدٍ منهما متيقن للطهارة شك في الحدث.

والرواية الثانية: يلزمهما الغسل والوضوء؛ لأن الأصل زال يقيناً في أحدهما فتعذر البقاء عليه وتعين الاحتياط.

٢ - قال أحد الرجلين: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق وغاب ولم يعلم ما هو. فالمذهب: أنهما لا تطلقان؛ لأن كلاً منهما مُتَيَقِّنٌ لحل زوجته شك في تحريمها.

**والوجه الثاني:** وهو اختيار الشيرازي، وابن عقيل: أنه تخرج المطلقة منهما بالقرعة؛ لأن واحدةً منهما طلقت يقيناً فأخرجت بالقرعة.

٣ - قال أحدهما إن كان غراباً فأمتي حرة، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فأمتي حرة وفيها الوجهان المذكوران في الطلاق، فإن اشترى أحدهما أمة الآخر عين المعتقة منهما بالقرعة على أصح الوجهين، لاجتماعهما في ملكه وإحداهما عتيقة.



## القاعدة الخامسة عشر

**إذا لزم من استصحاب أصل، أو إعمال ظاهر تغير أصل آخر،  
أو ترك ظاهر آخر لم يلتفت إلى ذلك اللازم على الصحيح**

وفيه مسائل:

١ - إذا وجد من استيقظ من نومه بَلَلًا في ثوبه ولم يعلم هل هو مَنِيٌّ أو مَذْيٌ؟ ولم يذكر احتلاماً فإنه لا يلزمه غُسْلٌ؛ لأن الأصل عدم وجوب الغسل فلا يجب مع الشك ولا يلزمه غسل ثوبه باعتبار البلل مَذْيًا؛ لأن الأصل طهارة الثوب، وكون البلل مَذْيًا مشكوكٌ فيه، فيبقى كل منهما على أصله.

٢ - إذا لبس خُفًّا ثم أحدث ثم صَلَّى وشك هل مسح على الخف قبل الصلاة أو بعدها؟ وقلنا ابتداء المدة من المسح جعلنا ابتداءها قبل الصلاة وأوجبنا إعادة الصلاة؛ لأن الأصل وجوب غَسْل الرجلين، والأصل بقاء الصلاة في الذمة.

٣ - إذا رمى صيداً ولم يوحه - أي: لم يضربه ضربةً قاتلةً - ثم وجده مَيِّتًا في ماءٍ يسيرٍ ولم يدر هل مات من الجرح أو من الغرق في الماء؟ فإنه لا يحل استصحاباً لأصل التحريم لغير المذْكِي، ولا يحكم بنجاسة الماء استصحاباً لطهارته، والشك في نجاسة الصيد بالموت بالماء.

٤ - إذا قال لامرأته حال غضبٍ اعتدي وفُسِّر ذلك بالقذف، أو وجدت قرينةً على إرادة القذف فهنا تعارض ظاهران ظاهر إرادات القذف لوجود القرينة، وظاهر إرادة الطلاق؛ لأن العدة من آثار الطلاق، فيلزم من إعمال أحد الظاهرين إهمال الآخر؛ لأننا إذا اعتبرناه طلاقاً لم يكن قذفاً وإذا اعتبرناه قذفاً لم يكن طلاقاً.

فرع: لا يلزم من ثبوت حكم ثبوت لازمه المشكوك فيه.

ثبوت النسب مع عدم الحكم ببلوغ أحد الأبوين، وعدم وجوب المهر بغير الدخول وعدم ثبوت العدة.

**مثاله:** أن تلد زوجة من له عشر سنين لنصف سنة فأكثر منذ أمكن اجتماعه بها، أو لدون أربع سنين منذ أبانها فإنه يلحقه نسبه؛ إذ الولد للفراش، واحتياطاً للنسب ولا احتمال كونه منه، ولا يحكم ببلوغ الزوج إذ يشترط اليقين للحكم ببلوغه؛ لترتب الأحكام عليه من وجوب حد، وغيره، ولا يستقر المهر بإلحاق النسب؛ لأن الأصل براءة ذمة الزوج وموجب المهر مشكوك فيه، ولا يثبت بإلحاق النسب عدة ولا رجعة؛ لأن السبب الموجب لهما غير ثابت؛ إذ لا تجب العدة والرجعة ولا المهر إلا مع الدخول أو الخلوة، وكذا لا يستحق من الميراث، ولا الوصية بإلحاق نسبه إذا مات من نسب إليه، أو كانت الوصية لأولاد من نسب إليه<sup>(١)</sup>.



(١) ومن أمثلة ذلك: إذا شهد رجل وامرأتان على شخص بالسرقة، فإنه يلزمه المال بهذه الشهادة؛ لأن المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين، ولا يثبت حد السرقة؛ لأن الحدود لا تثبت بشهادة النساء على المذهب.

## القاعدة السادسة عشر

**إذا تعدَّر الأصل فتعلق الوجوب بالبدل،  
ثم وُجد الأصل جاز الانتقال إليه**

للمسألة صور عديدة:

١ - هَدْيُ الْمُتَعَةِ إذا عدمه المتمتع، ووجب الصيام عليه ثم وجد الهدى قبل الشروع في الصيام، أجزأ الهدى؛ لأنه الأصل في الجملة.

٢ - كَفَّارَةُ الظُّهَارِ ممن عجز عن عتق الرقبة انتقل إلى الصيام، فإن وجد الرقبة قبل الشروع في الصيام أجزأ إعتاقها عن الكفَّارة، وكذا كفارة اليمين إذا عجز عن التكفير بالإطعام أو الكسوة، أو تحرير الرقبة انتقل إلى الصيام، فإن وجد ما يُكْفَّرُ به من الإطعام، أو الكسوة، أو الإعتاق أجزأ أن ينتقل إليه.

٣ - إذا أُلِفَ شيئاً له مثل كحَبٍّ مثلاً وتعدَّر وجود المثل وحكم الحاكم بأداء القيمة ثم وجد المثل قبل الأداء وجب أداء المثل؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل فيلزمه كما إذا وجد الماء قبل الصلاة.

٤ - لو جعل الإمام لمن دَلَّه على حصن جارية من أهله وكانت أُمَّةً فأسلمت فإنه يجب له قيمتها إذا كان كافراً، فوجب له البدل، فإن أسلم بعد إسلامها، فهل يعود حقه إلى عيناها؟ فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يعود؛ لأن حقه استقر في القيمة فلا ينتقل إلى غيرها.

والثاني: بلى؛ لأنه إنما انتقل إلى القيمة لمانع وقد زال فيعود حقه إليها.

٥ - لو أَصْدَقَهَا شَجَرًا فأثمرت ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل تعيَّنت له القيمة، فإن قال أنا أرجع في نصف الشجر وأترك الثمرة عليها أو أترك الرجوع حتى تَجِدِي ثمرتك ثم أرجع فيه ففيه وجهان حكاهما القاضي وغيره:

أحدهما: لا يجبر على قبول ذلك؛ لأن الحق قد انتقل من العين فلم يُعدّ إليها إلا بتراضيهما.

والثاني: يجبر عليه؛ لأنه لا ضرر عليها فلزمها كما لو وجدها ناقصةً فرضي بها.

٦ - لو طَلَّقَهَا قبل الدخول وقد باعت الصَّدَاق فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع لِعَيْبٍ قال الأصحاب: ليس له أخذ نصف عين الصَّدَاق؛ لأن حقه وجب في القيمة، ولا يبعد أن يخرج فيه وجهٌ آخر: برجوعه في نصف العين كالتي قبلها وهذا إذا لم نقل إنه يدخل في ملكه قَهْرًا كال ميراث، فإن قلنا: يدخل قَهْرًا عاد حقه إلى العين بعودها إليها بعيب.

٧ - لو اشترى عيناً ورهنها أو تعلق بها حق شُفْعَةٍ - بأن شفع شريك البائع في هذه العين - أو جناية - بأن كان المبيع عبداً وجنى - ثم أفلس - المشتري - ثم أسقط المرتهن أو الشَّفيع أو المجني عليه حقه فالبائع أحق بها من الغرماء لزوال المزاحمة على ظاهر كلام القاضي وابن عقيل، ويتخرّج فيه وجهٌ آخر: أنه أسوة الغرماء.



## القاعدة السابعة عشر

**إذا تقابل شرفُ العبادة وفضلُها في نفسها مع تعدُّدها  
رُجِّحَ التَّعدُّدُ، وهذا ظاهر كلام الإمام أحمد**

ويتخرج على ذلك مسائل:

- ١ - إذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في زَمَنٍ واحدٍ، فالمشهور: أن الكثرة أفضل، وحكي عنه رواية ثانية: بالتسوية.
- ٢ - إهداء بَدَنَةٍ سَمِينَةٍ بعشرة وبدنتين بعشرة أو بأقل، ورجح الشيخ تقي الدين تفضيل البدنة السمينية.
- ٣ - رجل قرأ بتدبر وتفكر سورة وآخر قرأ في تلك المدة سُوراً عديدةً سرّداً، فعن الإمام أحمد ما يدل على تفضيل قراءة التَّفَكُّر على السرعة، وهو اختيار الشيخ تقي الدين.
- ٤ - رجلان أحدهما ارتاضَتْ نفسه على الطاعة وانشرت بها، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطاعات ويكرهها عليهما أيهما أفضل؟ فعن الإمام أحمد: ترجيح المكره نفسه؛ لأن له عملين جِهَاداً وطاعةً أخرى، ولذلك كان له أجران.
- وعنه: أن البازل لذلك طَوْعاً ومُحَبَّةً أفضل، وهو اختيار الشيخ تقي الدين؛ لأن مقامه في طمأنينة النفس أفضل من أعمالٍ متعددة.
- ٥ - تعارض عتق رقبة نفيسةً بمالٍ وعتق رقابٍ متعددةٍ بذلك المال، قال القاضي وابن عقيل: الرقاب أفضل وفيه أيضاً نظر، وقد كان طائفةً من السلف كابن عمر والربيع بن خيثم يستحبون الصدقة بما يشتبهون من الأطعمة.



## القاعدة الثامنة عشر

## تداخل العبادات

إذا اجتمعت عبادتان من جنسٍ ليست إحداهما مفعولة على جهة القضاء في وقتٍ واحدٍ اكتفي بفعلٍ واحدٍ، وحصلت العبادتان، أو سقطت الأخرى ما لم تكن إحداهما، أو تابعة للأخرى.

- قوله: «ليست إحداهما مفعولة على جهة القضاء» احترازاً عما لو كانت الأخرى قضاء. مثاله: لو اجتمعت صلاة عصرٍ حاضرةٍ مثلاً، وصلاة ظهرٍ مَقْضِيَّةٍ فالعبادتان من جنسٍ واحدٍ لكن إحداهما مفعولة على جهة القضاء فلا يكتفى بها عن الأخرى.

- وقوله: «ولا على طريق التبعية للأخرى» احترازاً عن ما إذا كانت تابعة للأخرى.

مثاله: لو نوى بصلاة الظهر الفريضة والسُّنَّة الراتبة قبلية، فلا يصح؛ لأن الراتبة تَبَعٌ للفريضة -.

وفي هذه القاعدة قسمان:

أحدهما: أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان بشرط أن ينويهما جميعاً.  
أمثلة ذلك:

١ - من عليه حدثان أصغر وأكبر فالمذهب: أنه يكفيهِ أفعال الطهارة الكبرى إذا نوى الطهارتين بها، ولو كان عادماً للماء فتيمم تيمماً واحداً ينوي به الحديثين أجزأه عنهما.

٢ - القارن إذا نوى الحج والعمرة كفاه لهما طوافٌ واحدٌ وسعيٌّ واحدٌ.

٣ - إذا نذر الحج من عليه حج الفرض ثم حجَّ حجة الإسلام، فهل يجزئه عن فرضه ونذره؟ على روايتين:

إحداهما: يجزئه عنهما نصّ عليه أحمد في رواية أبي طالب ونقله عن ابن عباس، وهي اختيار أبي حفص.

والثانية: لا يجزئه، نقلها ابن منصور وعبد الله وهي المشهورة.

٤ - إذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلانّ فقدم في أول رمضان، هل يجزئه رمضان عن فرضه ونذره؟ على روايتين، أشهرهما عند الأصحاب: لا يجزئه عنهما.

٥ - لو نذر الصدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول، فهل تجب فيه الزكاة؟ على وجهين، وعلى القول بالوجوب فهل تجزيه الصدقة به عن النذر والزكاة إذا نواهما؟ على وجهين، واختيار صاحب المغني: الإجزاء، وخالفه صاحب الهداية.

٦ - لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً ينوي به الزيارة والوداع، يجزئه عنهما.

٧ - لو أدرك الإمام راعياً فكبر تكبيرةً ينوي بها تكبيرتي الإحرام والركوع يجزئه عنهما.

٨ - إذا صلى عُقب الطواف مكتوبة فهل يسقط عنه ركعتا الطواف؟ على روايتين، المذهب: أنه يجزيه. قال أبو بكر: الأقيس أنها لا تسقط.

القسم الثاني: أن يحصل له إحدى العبادتين بنيتها، وتسقط عنه الأخرى.

أمثلة ذلك:

١ - إذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فصلّى معهم، سقطت عنه التحية.

٢ - لو سمع سجدة معاً، المنصوص: أنه يسجد سجدةً.

ويتخرّج: أنه يكفي بواحدة.

٣ - إذا قدم المعتمر مكة فإنه يبدأ بطواف العمرة ويسقط عنه طواف القدوم.



٤ - إذا اغتسل ينوي الجنابة وحدها يرتفع حدثه الأصغر تبعاً، وهي اختيار الشيخ تقي الدين.

٥ - لو آخر طواف الزيارة إلى وقت خروجه فطاف سقط عنه طواف الوداع.

٦ - إذا أدرك الإمام راکعاً فكبر للإحرام سقطت عنه تكبيرة الركوع.

٧ - إذا اجتمع في يوم عيد وجمعة فأيهما قدم أولاً في الفعل سقط به الثاني ولم يجب حضوره مع الإمام.

٨ - إذا اجتمع أضحية وعقيقة فهل تجزئ الأضحية عن العقيقة أم لا؟.

على روايتين منصوصتين - والمذهب: الإجزاء -.

وفي معناه لو اجتمع هدي وأضحية، واختار الشيخ تقي الدين: أنه لا تضحية بمكة وإنما هو الهدى.

٩ - اجتماع الأسباب التي يجب بها الكفارات وتداخل في الأيمان والحج والصيام والظهار وغيرها، - فإذا حلف بالله عدة أيمانٍ ولم يُكفر فجزئه على المذهب كفارة واحدة، ولو اختلف المحلوف عليه، وكذا إذا ظاهر من زوجته مراراً، ولم يُكفر تكفيه كفارة واحدة، وأيضاً إذا فعل محظوراً من محظورات الإحرام عدة مرّات كحلق الرأس ولم ينفذ كفاه فدية واحدة، وكذا لو ترك قضاء رمضان بلا عذر عدة سنوات تكفيه فدية واحدة عن كل يوم.

- فإذا أخرج كفارة واحدة عن واحدٍ منها مُعَيَّن أجزاءه وسقطت سائر الكفارات وإن كان مُبهماً -.

١٠ - الأحداث الموجبة للطهارة من جنسٍ أو جنسين موجبهما واحدٌ فيتداخل موجبهما بالنية أيضاً بغير إشكالٍ، وإن نوى أحدهما فالمشهور: أنه يرتفع الجميع، كما لو أحدث، ونام، وأكل لحم جزور، ويتنزل ذلك على التداخل كما قلنا في الكفارات، أو على أن الحكم الواحد يعلل بعللٍ مُستقلة.



### القاعدة التاسعة عشرة

## التمكن من الفعل ليس شرطاً في استقرار الواجبات، وعدم سقوطها

هذه القاعدة ثلاثة أقسام:

**القسم الأول:** الواجب بالشرع لا يشترط إمكان الأداء في استقراره وعدم سقوطه، وتحتة مسائل:

١ - الطهارة، فإذا وصل عادم الماء إلى الماء وقد ضاق الوقت، فعليه أن يتطهر ويصلي بعد الوقت.

٢ - الصلاة، فإذا طرأ على المكلّف ما يسقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن من الفعل فعليه القضاء في المشهور من المذهب، كما لو حاضت المرأة أو نفست أو جن بعد دخول الوقت. وقال ابن أبي موسى وابن بطة: لا قضاء عليه.

٣ - الزكاة فإذا تلف النصاب قبل التمكن من الأداء فعليه أداء زكاته على المشهور، إلا المُعَشَّرات - أي: زكاة الحبوب والثمار - إذا تلفت بأفة سماوية لكونها لم تدخل تحت يده.

وخرّج الشيرازي: وجهاً: بالسقوط مُطلقاً.

٤ - الصيام فإذا بلغ الصبي مُفطراً في أثناء يوم من رمضان أو أسلم فيه كافر أو طهرت حائضٌ لزمهم القضاء.

٥ - الحج فلا يشترط لثبوته في الدِّمَةِ التمكن من الأداء، فلو وجد شرط الوجوب - كما لو بلغ - مع ضيق الوقت عن إدراك عرفة وجب الحج.

**القسم الثاني:** قضاء العبادات، فاعتبر الأصحاب له إمكان الأداء فقالوا

فيمن آخر قضاء رمضان لعذرٍ ثم مات قبل زواله: أنه لا يطعم عنه وإن مات بعد زواله والتمكن من القضاء أطعم عنه.

**القسم الثالث:** قضاء المنذورات على المذهب فيشترط إمكان الأداء، فلو نذر صياماً أو حجّاً ثم مات قبل التمكن منه لم يقض عنه.



### القاعدة العشرون

**النماء المتولد من العين حكمه حكم الجزء من العين،  
والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح**

- مثال المتولد من العين: الولد، والبيض، واللبن، ونحو ذلك.

مثال المتولد من الكسب: الأجرة، ومهر الأمة، ونحو ذلك -.

ويظهر أثر ذلك في مسائل:

١ - لو كان عنده دون نصابٍ فكمّل نصاباً بنتاجه يحسب حَوْلَه من حين كمل كما لو كان النتاج من غيره وهو المذهب، وقيل: من حين ملك الأمّهات؛ لأن النتاج جزءٌ من الأمّهات.

٢ - لو كان له مائة وخمسون درهماً فاتجر بها حتى صارت مائتين فحوّلها من حين كمل بغير خلافٍ؛ لأن الكسب يتولد من خارج وهو رغبات الناس لا من نفس العين.

٣ - لو عَجَل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يجزئه؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: يفرق بين أن يكون النماء نصاباً فلا يجزئه لاستقلاله بنفسه في الوجوب<sup>(١)</sup>، وبين أن يكون دون نصابٍ فيجزئه لتبعيته للنصاب في الوجوب<sup>(٢)</sup>، ويتخرّج فيه وجهٌ رابعٌ: بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية أو ربح تجارة فيجوز في الأول؛ لأنه مُتَوَلَّد من العين فحكمه حكم جزء العين دون الثاني من المسألة التي قبلها؛ لأنه مُتَوَلَّد من الكسب، فلا يأخذ حكم الجزء.

(١) كما لو كان النماء مائتي درهم من عروض التجارة.

(٢) كما لو كان النماء أقل من مائتي درهم من عروض التجارة.

٤ - لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده ثم رده بعيب فإن كان نماؤه كسباً لم يرده معه قال كثير من الأصحاب: بغير خلاف، وإن كان متولداً من عينه كالولد واللبن والصوف الحادث وثمره الشجر فهل يرده معه؟ فيه روايتان معروفتان<sup>(١)</sup>.

٥ - لو ضارب المريض مرض الموت وسمى للعامل أكثر من تسمية مثله صح ولم يحتسب من الثلث<sup>(٢)</sup>؛ لأن الربح متولد من الكسب، والكسب يتولد من خارج، ولو ساقى - أي: المريض - وسمى للعامل أكثر من تسمية المثل، فوجهان: أشهرهما: أنه يعتبر من الثلث؛ لحدوث الثمر من عين ملكه.

٦ - لو فسخ العامل المضاربة قبل ظهور الربح لم يستحق المضارب شيئاً، ولو فسخ رب المال المساواة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجرة المثل<sup>(٣)</sup>؛ لأن الربح لا يتولد من المال بنفسه وإنما يتولد من العمل ولم يحصل بعمله ربح، والثمر متولد من عين الشجر وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر.

٧ - المشاركة بين اثنين بمال أحدهما وعمل الآخر إن كانت فيما ينمو من العمل كالربح جاز كالمضاربة، وكمن دفع دابته أو عبده إلى من يعمل عليه بشيء من كسبه فإنه يجوز على الأصح، وإن كانت المشاركة فيما يحدث من المال كدر الحيوان ونسله ففيه روايتان - والمذهب: أنه لا يصح -.

وعند تقي الدين رَحِمَهُ اللهُ: أن الأعيان التي تستخلف شيئاً فشيئاً - كاللبن - حكمه حكم المنافع فيجوز استيفائها بعقد الإجارة - فيجوز أن يستأجر هذا الحيوان لأخذ لبنه - كما يستوفى بالوقف والوصية.



(١) الإنصاف / ٣٩١.

(٢) إذ المريض مرض الموت ليس له من ماله تبرعاً ومحابة إلا الثلث.

(٣) وعند شيخ الإسلام: له قسط المثل لا أجرة المثل.

## القاعدة الواحدة والعشرون

### وَلَدُ الْأُمَّةِ وَالِدَابَةِ كَالْجُزْءِ يَتَّبِعُهَا

وتحتها مسائل:

- ١ - لو ولدت الأمة الموقوفة - كالموقوفة لخدمة الأيتام - ولداً كان وقفاً معها؛ لأنه جزءٌ منها ولهذا يصح وقفه ابتداءً، بخلاف الثمرة، إذ هي تنفى باستهلاكها فلا يصح وقفها على المذهب.
- ٢ - لو ولدت الأمّة المُوصى بمنافعها - كخدمة هذه الأمة لهؤلاء الأيتام - فإن قلنا: الولد كسب فكله لصاحب المنفعة، وإن قلنا: هو جزءٌ ففيه وجهان: أحدهما: أنه بمنزلتها.

والثاني: أنه للورثة؛ لأن الأجزاء لهم دون المنافع.

- ٣ - هل يتبع الولد أمّه في الكتابة الفاسدة كالصحيحة؟<sup>(١)</sup> فإن قلنا: هو جزءٌ منها تبعها، وإن قلنا: هو كسبٌ ففيه وجهان بناءً على سلامة الاكتساب في الكتابة الفاسدة<sup>(٢)</sup>.



(١) الكتابة: أن يشتري العبد نفسه من سيده بمال مُنَجَّم.

والكتابة الصحيحة: ما توفرت فيها شروط الصحة، والفاسدة: ما اختل شرط من شروط صحتها.

(٢) ما ترتب على العقد الفاسد، فهو فاسدٌ.

## القاعدة الثانية والعشرون

### العين المستهلكة في غيرها إذا لم يظهر أثرها في حكم المعدوم

وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** في المائعات والأدقة ونحوها مما يختلط بعض أجزائه ببعض.

فيه خلافتٌ، وينبني عليه مسائل:

١ - الماء الذي استهلكت فيه النجاسة فإن كان كثيراً - قُلتان فأكثر - سقط حكمها بغير خلافٍ، وإن كان يسيراً - دون القُلتين - فروايتان، والمذهب: أنه ينجس بمجرد الملاقاة.

٢ - اللبن المشوب بالماء المنغمر فيه لا يثبت به تحريم الرضاع.

٣ - لو خلط خَمْراً بماءٍ واستهلك فيه ثم شربه لم يحد.

٤ - لو خلط زيتُه بزيت غيره على وجهٍ لا يتميز، فهل هو استهلاكٌ<sup>(١)</sup>

بحيث يجب لصاحبه عوضه من أي موضع كان أو هو اشتراكٌ؟ في المسألة روايتان، المنصوص في رواية عبد الله وأبي الحارث: أنه اشتراكٌ، فيلزمه مثله منه في أحد الوجهين وهو المذهب، واختار القاضي في المجرد أنه استهلاكٌ.

**فائدة:** هل يجوز للغاصب - إذا غصب زيتاً مثلاً وخلطه بزيت يملكه -

أن يتصرف في قدر ما له فيه أم لا؟.

قال الإمام أحمد رحمته الله في رواية أبي طالب: قد اختلط أوله وآخره

أعجب إلي أن يتنزه عنه كله ويتصدق به.

(١) أي: بمنزلة الإتلاف.

وأنكر قول من قال: يُخرج منه بقدر ما خالطه.

واختار ابن عقيل في فنونه: التحريم لامتزاج الحلال بالحرام فيه واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر. وعلى هذا: ليس له إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المغصوب منه وهذا بناء على أنه اشتراك.

وعن الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ رواية أخرى: أنه استهلاكٌ فيتخرج به قدر الحرام ولو من غيره.

٥ - لو وَصَّى له بِرِطْلٍ من زيتٍ مُعَيَّنٍ ثم خلطه بزيت آخر، فإن قلنا: هو اشتراك لم تبطل الوصية، وإن قلنا: هو استهلاكٌ بطلت.

٦ - لو حلف لا يأكل شيئاً فاستهلك في غيره ثم أكله حنث.

**القسم الثاني:** في الجبوب والدراهم ونحوها، فمن الأصحاب من قال: حكمها حكم المائعات فيما سبق وفرعوا على ذلك مسائل:

١ - لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها - من الثمر الذي يجذ - ولم تتميز فهل يفسخ البيع؟ على وجهين، والمذهب: انفساخ البيع.

٢ - لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيراً فيه حبات حنطة، ففي حنثه وجهان ذكرهما أبو الخطاب، وغلطه صاحب الترغيب وقال: يحنث بلا خلاف؛ لأن الحب متميز لم يستهلك، بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها - من الشعير - فاستهلك فإنه لا يحنث.

٣ - لو اختلطت دراهمه بدراهم مغصوبة فالمنصوص عن أحمد في رواية المروزي: إن كانت الدراهم قليلة كثلاثة فيها درهمٌ حرامٌ وجب التوقف عنها حتى يعلم، وإن كانت كثيرةً كثلاثين فيها درهم حرام فإنه يخرج منها درهماً ويتصرف في الباقي، وعُلِّلَ بأن الكثير يجحف بماله إخراجاً، وأما القاضي فتأول كلامه على الاستحباب؛ لأنه كلما كثر الحلال شق التورع عن الجميع بخلاف القليل. قال: والواجب في الجميع إخراج قدر الحرام.

٤ - لو خلط الودیعة وهي دراهم بماله ولم يتميز، فالمشهور: الضمان لعدوانه حيث فوت تخليصها.



وعنه رواية أخرى: لا ضمان عليه؛ لأن النقود لا يتعلق الغرض بأعيانها بل بمقدارها وربما كان خلطها أحفظ لها، وعلى هذه الرواية فإذا تلف بعض المختلط بغير عدوان جعل التالف كله من ماله وجعل الباقي من الوديعة نصّ عليه؛ لأن الوديعة الأصل أنها أمانة بقاؤها ووجوب تسليمها ولم يتيقن زوال ذلك.

٥ - لو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع في ظاهر كلام أحمد، وذكر القاضي: أنهما يصيران شريكين، قال أبو البركات: ولا يبعد على هذا أن يكون الهالك منهما.



### القاعدة الثالثة والعشرون

**من وجب عليه إذنٌ أو تصرفٌ فامتنع منه،  
فهل يسقط إذنه بالكلية، أو يعتبر ويجبره الحاكم عليه؟**

هذا نوعان:

أحدهما: أن يكون المطلوب منه إذنًا مجردًا، ويندرج تحته صور:

١ - وضع الخشب على جدار جاره إذا لم يضر به لا يعتبر إذن الجار في ذلك، وفي التلخيص: أنه يجبر عليه إن أباه.

٢ - حج الزوجة الفرض، ونصّ أحمد: على أنها لا تحج إلا بإذنه، وأنه ليس له منعها فعلى هذا يجبر على الإذن لها، ونقل ابن أبي موسى عن أحمد: أن استئذنانها له مستحبٌ ليس بواجبٍ، وهذا هو المذهب.

٣ - إذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد فهل يتوقف على إذن السيد؟ حكى الأصحاب فيه روايتين: إحداهما: لا تجب على العبد حتى يأذن له السيد.  
**والثانية:** تجب بدون إذنه، ويستحب له استئذانه فإن أذن له وإلا خالفه وذهب.

٤ - أخذ فاضل الكلاً والماء من أرضه التي لم يُحوّط عليها يجوز الدخول بلا إذنه بلا ضَرَرٍ لدلالة القرينة على رضاه، أما المُحوّط فلا يجوز دخوله بغير إذنٍ، ومتى تعذر الاستئذان لغيبة المالك أو غيرها، أو استأذن فلم يأذن سقط إذنه كما في الولي في النكاح.

٥ - بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله ولا يعتبر إذنه.

٦ - نفقة الزوجة الواجبة فلها أن تأخذ بدون إذن الزوج إذا امتنع الزوج منها.

٧ - الطعام الذي يضطر إليه غيره فإنه يلزمه بذله له بقيمته، فإن أبى فللمضطر أخذه قهراً؛ لأن اعتباره يؤدي إلى مشقة وحرَج.

**النوع الثاني:** أن يكون المطلوب منه تصرفاً في عقد أو فسْخٍ أو غيرهما.

ويندرج تحته صور:

١ - إذا طلب منه القسمة التي تلزمه الإجابة إليها، أجبر على ذلك فإن كان المشترك مثلياً - وهو المكيل والموزون - وامتنع أحد الشريكين من الإذن في القسمة أو غاب فللشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون إذن الحاكم على المذهب.

٢ - إذا امتنع الراهن من بيع الرهن فإن الحاكم يجبره عليه ويحبسه فإن أصر باع عليه.

٣ - إذا امتنع من الإنفاق على بهائمه فإنه يجبر على الإنفاق أو البيع.

٤ - المُولي إذا وقف - مدة الإيلاء أربعة أشهر - ثم امتنع من الفَيْئَةِ فإنه يؤمر بالطلاق فإن طلق فذاك، وإلا ففيه روايتان:

إحداهما: يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق.

والثانية: يطلق الحاكم عليه - وهو المذهب -.

٥ - العَيْنين إذا انقضت مدته وتحقق عجزه وأبى أن يفارق زوجته فرق الحاكم بينهما.

٦ - إذا مثَّل بعده قال أحمد في رواية الميموني: يعتقه السلطان عليه - والمذهب: أنه لا يعتق بمجرد التمثيل -.

٧ - المَوْصَى بعته إذا امتنع الوارث من إعताقه أعتقه السلطان عليه.

٨ - إذا اشترى عبداً بشرط العتق فأبى أن يعتقه ففيه وجهان: وقيل:

روايتان.

إحداهما: أن للبائع الفسخ بناء على أنه حَقُّ له.

والثاني: أنه يجبر المشتري على عتقه بناء على أنه حَقُّ الله تعالى، فعلى هذا إذا امتنع وأصرَّ توجَّه أن يعتقه الحاكم عليه.

٩ - الحوالة على المليء هل يعتبر لبراءة المُحيل رضا المُحال، فإن أبي أجبره الحاكم عليه؛ لأن احتياله على المليء واجبٌ عندنا أو يبرأ بمجرد الحوالة؟ فيه عن أحمد روايتان - والمذهب: أن المحيل يبرأ بمجرد الحوالة قبل الأداء وقبل إجبار الحاكم المحتال على قبولها -.

١٠ - الوليُّ في النكاح إذا امتنع من التزويج، فهل يسقط حقه وينتقل إلى غيره ممن هو أبعد منه أو لا فيقوم الحاكم مقامه؟ على روايتين - والمذهب: أنه يسقط حقه -.

١١ - إذا أسلم على أكثر من أربع وأبى أن يختار منهن أجبره الحاكم على الاختيار وعزَّره مرةً بعد أخرى حتى يختار، ولم يختَر له؛ إذ الاختيار موكلٌ إلى شهوته وغرضه لا غير.

١٢ - الكتابة إذا أوجبناها بسؤال العبد فأبى السيد أجبره الحاكم عليها.

١٣ - إذا أتاه الغريمُ بِدَيْنِهِ الذي يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه صاحب الحق.

قال في المغني: يقبضه الحاكم وتبرأ ذمَّة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته.

ولو أتاه الكفيل بالغريم فأبى أن يتسلمه فقال في المغني: يُشْهَدُ على امتناعه ويبرأ لوجود الإحضار.

وذكر عن القاضي: أنه يرفعه إلى الحاكم أولاً ليسلمه إليه فإن تعذَّر أشهد على امتناعه.



### القاعدة الرابعة والعشرون

## تعلق الحق في المال لا يمنع من نقل الملك في هذا المال

ثم إن هذا لا يخلو من قسمين :

**القسم الأول:** أن يكون الحق مُتعلقاً بالمال نفسه فلا يسقط .

**القسم الثاني:** أن يكون مُتعلقاً بمالكة لمعنى زال بانتقاله فيسقط ، وإن

كان لا يزول بانتقال المال عن مالكة لم يسقط ، ويدخل تحت ذلك صور :

١ - لو بادر الغالُّ قبل إحراق رحله وباعه ففيه وجهان .

أحدهما: يصح ؛ لأن ملكه باقٍ لم يزل ويسقط التحريق ، - هذا هو

المذهب .-

**والثاني:** يفسخ البيع ويحرق ؛ لأن حق التحريق أسبق .

٢ - لو باع المشتري الشَّقْصَ المشفوع قبل المطالبة بالشُّفْعَةِ ، ففيه

وجهان :

أحدهما: أن البيع باطلٌ ؛ لأن ملكه غير تام .

**الثاني:** أن البيع صحيحٌ وهو المشهور في المذهب ؛ لأن أخذ الشَّفيع

من المشتري الثاني ممكن فإن اختار ذلك فعل ، وإلا فسخ البيع الثاني وأخذ

من الأول لسبق حقه عليه .

٣ - لو أمر الذمي بهدم بنائه العالي فبادر وباعه على مُسلم صحَّ وسقط

الهدم ؛ لزوال علته فإنه لم يجب الهدم إلا لإزالة ضرر استدامة تَعْلِيَةِ الذَّمِّي

فهو كما لو بادر المالك وأسلم فإن الهدم يسقط بلا تردّد .

٤ - لو مال جداره إلى ملك جاره فطولب بهدمه فباع داره صحَّ ، وهل

يسقط الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك على رواية التضمين أم لا ؟ قال القاضي :

يسقط ؛ لأن الوقوع في غير ملكه .

وقال ابن عقيل: إن قصد بيعه الفرار من المطالبة بهدمه لم يسقط الضمان لانعقاد سببه في ملكه.

٥ - لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بهذا الشرط فهل يصح أم لا؟ على وجهين حكاهما الأزجي في نهايته وصحح عدم الصحة؛ لأنه يتسلسل، ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة، كما لو نذر عتق عبد فإنه لا يصح بيعه.

٦ - لو باع العبد الجاني لزمه افتداؤه، فإن كان مُعسراً فسخ البيع تقديمًا لحق المجني عليه لسبقه.

٧ - لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين ملتزماً لضمان الدين ثم عجز عن وفائه فإنه يفسخ البيع.

٨ - لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب ثم أعسر فهل يفسخ في قدر الزكاة أم لا؟ فيه وجهان مرتبان على أن الزكاة هل هي متعلقة بعين المال أو بذمة ربه؟ فإن قيل بعين المال فسخ البيع لاستيفائها منه وإلا فلا<sup>(١)</sup>.



(١) ويأتي في الفوائد آخر الكتاب.

## القاعدة الخامسة والعشرون

### من ثبت له ملك عينٍ ببينةٍ أو إقرارٍ فهل يتبعها ما يتصل بها أو تولد منها أم لا؟

في المسألة خلاف، ولها صور:

١ - من ثبت له ملك أمةٍ في يد غيره ومعها ولد لها فهل يتبعها في الملك إذا ادَّعاه؟ على وجهين:

أحدهما: لا وهو الذي ذكره القاضي؛ لأنه لا يتبعها في بيع ولا غيره.

والثاني: وإليه ميل ابن عقيل أنه يتبعها؛ لأنه من أجزائها.

٢ - لو ثبت له ملك أرضٍ في يد غيره ببينةٍ أو إقرارٍ وفيها شجرٌ قائمٌ فهل يتبعها أم لا؟.

يحتمل أن يخرج على وجهين بناءً على أن الشجر هل يتبع في البيع أم لا؟ وأفتى الشيخ تقي الدين رحمته الله: أن ما كان متصلاً بالأرض من الشجر فيد أهل الأرض ثابتةً عليه ما لم تأت حجةٌ تدفع موجب اليد، مثل أن يكون الغارس قد عرف أنه غرسه بماله.

٣ - لو ثبت أن هذا العبد ملك له وهو في يد غيره وعلى العبد ثياب فادَّعاه من هو في يده، فقال صاحب الكافي والترغيب: هي له؛ لأن يده عليها وهي منفصلةٌ عن العبد ويحتمل وجهين آخرين:

أحدهما: أن ما يتبع العبد من الثياب في البيع يتبعه هاهنا وما لا فلا.

والثاني: إن تناولت مدة هذه اليد بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة فالقول قول من هي في يده وإلا فلا.

٤ - لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيءٍ من الدار المستأجرة فذكر الأصحاب: أن ما يتبع في البيع - وهو كل متصل بالبيت - فهو للمؤجر وما لا

يتبع إن كانت جرت به العادة في المنازل كمفتاح الدار فللمؤجر أيضاً، وما لم تجر به عادة مما ينقل ويحول كالأثاث والمتاع والأواني والكتب فلمكتبر.

٥ - لو أقر له بمظروفٍ في ظرفٍ كتمرٍ في جرابٍ، أو فصٍّ في خاتمٍ، أو رأسٍ وأكارعٍ في شاةٍ، أو نوى في تمرٍ ففيه وجهان، المذهب: أنه يكون مُقراً بالمظروف دون ظرفه؛ لأن الظرف غير مُقر به وإنما هو موصوف به فهو كقوله: دابةٌ في إصطبلٍ.

**والوجه الثاني:** هو مقرٌ بهما، وإلا لم يكن ثم فائدة لذلك الظرف<sup>(١)</sup>.

وفرق بعض المتأخرين بين ما يتصل بظرفه عادة أو خلقة فيكون إقراراً به دون ما هو منفصلٌ عنه عادةً، ويحتمل التفريق بين أن يكون الثاني تابعاً للأول فيكون إقراراً به كتمرٍ في جرابٍ أو سيفٍ في قرابٍ، وبين أن يكون متبوعاً فلا يكون إقراراً به كنوى في تمر ورأس في شاة<sup>(٢)</sup>.



(١) كفصٍّ في خاتمٍ، ورأسٍ في شاةٍ.

(٢) كتمرٍ في جرابٍ.



### القاعدة السادسة والعشرون

**من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه،  
وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه**

ويتخرج على ذلك مسائل :

- ١ - لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيمة فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في مخمصةٍ ليحيي به نفسه ضمنه .
- ٢ - لو صال عليه صيدٌ في إحرامه فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه، وإن اضطر فقتله في المخمصة - مجاعة - ليحيي به نفسه ضمنه .
- ٣ - لو حلق المُحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ فداه؛ لأن الأذى من غير الشعر، ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله لم يفده .
- ٤ - لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه، ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه فدفعه فوق في الماء لم يضمنه .
- ٥ - لو وقعت بيضة نعامةٍ من شجرةٍ في الحرم على إنسان فدفعتها فانكسرت فلا ضمان عليه، بخلاف ما لو احتاج إلى أكلها لمخمصةٍ .
- ٦ - لو قلع شوك الحرم لأذاه لم يضمنه، ولو احتاج إلى إيقاد غصن شجرةٍ ضمنه ذكره أبو الخطاب وغيره، وخالف صاحب المغني في جواز قطع الشوك للنصّ الوارد فيه .



### القاعدة السابعة والعشرون

**من أتلف نفساً أو أفسد عبادةً لنفع يعود إلى نفسه  
فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان**

ويتخرج عليه مسائل:

- ١ - الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على نفسيهما فلا فدية عليهما، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما فعليهما الفدية في المشهور عند الأصحاب.
- ٢ - لو نجى غريقاً في رمضان فدخل الماء في حلقه وقتلنا يفطر به فعليه الفدية، وإن حصل له بسبب إنقاذه ضعف في نفسه فأفطر فلا فدية عليه كالمريض في قياس المسألة التي قبلها، وفي وجه: لا فدية.
- ٣ - لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ذكره القاضي، وعن ابن عقيل وابن الزاغوني: لا ضمان عليه أيضاً.
- ٤ - لو أكره على الحلف بيمينٍ لحق نفسه فحلف دفعاً للظلم عنه لم تنعقد يمينه، ولو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف انعقدت يمينه ذكره القاضي، وعن أبي الخطاب: لا تنعقد وهو الأظهر.



## القاعدة الثامنة والعشرون

## إذا حصل التلف من فعلين

أحدهما: مأذون فيه، والآخر: غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً على الصحيح، وإن كان من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفين. ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - إذا زاد الإمام سوطاً في الحدّ فمات المحدود، فحكى أبو بكر في المسألة قولين:

أحدهما: يجب كمال الدية.

والثاني: يجب نصفها، والأول هو المشهور؛ لأن المأذون فيه لا أثر له في الضمان، وإنما الجناية ما زاد عليه فأسند الضمان إليه.

٢ - لو اقتصر من الجاني ثم جرحه هو أو غيره عدواناً وجب كمال الدية، وفيه وجه آخر: أنه يجب نصفها.

٣ - لو رمى صيداً - في الحرم - فأثبتته ولم يوحه - أي: ليست قاتلة - ثم رماه آخر رمية غير مؤحية ومات من الجرحين وجب ضمان الصيد كله مجروحاً - بالجرح الأول - على الثاني على المشهور من المذهب، لكن من الأصحاب من يعلّله: بأن رمي الثاني انفرد بالعدوان فاستقل بالضمان، ومنهم من يعلّله بأن رميه كان سبباً للتحريم فلذلك وجب عليه كمال الضمان، ويتخرج على التعليل الأول وجه آخر: بأنه يضمنه بنصف القيمة مما قبلها.

٤ - لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها، أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلفت الدابة فإنه يضمنها بكمال القيمة نصّ عليه في الصورة الأولى، وخرج الأصحاب وجهاً آخر: بضمان النصف من مسألة الحدّ، وكذلك حكم ما إذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلفت تحتها.

٥ - إذا اشترك محلٌّ ومحرمٌ في جرح صيدٍ ومات من الجرحين فإنه يلزم المحرم ضمانه كاملاً هذا ظاهر كلام أحمد رَحِمَهُ اللهُ فِي رواية ابن منصور ومهنا، وقال القاضي: مقتضى الفقه عندي أنه يلزمه نصف الجزاء وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في إتلاف النفوس والأموال - كما لو اشترك سبعٌ وادميٌّ في الإتلاف - والفرق واضح: إذ الإذن هناك منتفٍ وههنا موجودٌ، نعم إن قصد المحلُّ إعانة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجَّه ما ذكره القاضي - كما لو اشترك سبعٌ وادميٌّ في الإتلاف -، فإنه يكره له ذلك أو يحرم عليه كما إذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء.

٦ - لو اشترك في جرح آدمي مقتصٌ وغيره فهل يجب على شريك المقتص كمال الدية أونصفها؟ على وجهين.

٧ - لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبيٌّ فأذهب عُذرتها، ثم طلقها قبل الدخول فنصَّ أحمد في رواية مهناً: على أنه يجب على الأجنبي نصف الغرم وهو أرش البكارة وعلى الزوج نصف المهر فقط من غير أرش.

ووجه ذلك: أن إذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه فيسقط الضمان به ولزم الأجنبي نصف الأرش، وأما الزوج فأرش البكارة غير مضمون عليه وإنما المضمون عليه المهر ولم يوجد ما يقرره - من خلوة، أو دخول -.

واختار ابن عقيل: أن الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر؛ لأن الزوج إنما يستحق إتلاف البكارة تبعاً لاستيفاء حقه من الوطاء، فإذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنه كالمستعير إذا أتلَفَ حمل المنشقة مثلاً بغير استعمالٍ فإنه يضمن.



### القاعدة التاسعة والعشرون

**من سُومَح في مقدارٍ يسيرٍ فزاد عليه فهل تنتفي المسامحة  
في الزيادة وحدها أو في الجميع؟**

فيه وجهان، وتحت مسائل:

- ١ - الوكيل في البيع مع الإطلاق - أي: عدم تحديد الثمن - يملك البيع بثمان المثل وبدونه بما يُتغابن بمثله عادةً، فإذا باع بما لا يُتغابن بمثله عادة، فالمذهب: يضمن الوكيل جميع النقص كعشرين من مائة.
- ٢ - لو أكل المضحي جميع أضحيته، فهل يلزم ضمان ثلثها أو ما يقع عليه الاسم<sup>(١)</sup>؟ على وجهين، والمذهب: يضمن ما يقع عليه الاسم؛ لأن الصدقة بالثلث كله مستحب ليس بواجبٍ على المشهور في المذهب.
- ٣ - لو تعدَّى الخارج من السبيل موضع العادة، فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة ويجزئ الحجر في موضع العادة؟ على وجهين: والمذهب: أن الواجب غسل المتعدّي خاصة.
- ٤ - لو أدّى زكاته إلى واحدٍ وقلنا يجب الأداء إلى ثلاثة فهل يضمن الثلثين، أو ما يقع عليه الاسم؟ على وجهين، والمذهب: أنه يجزئ دفع الزكاة إلى واحدٍ.



(١) حيث يباح للمضحي أكل جميع أضحيته، ويتصدق من اللحم ما يقع عليه الاسم.

## القاعدة الثلاثون

**إذا أخرج عن ملكه ما لا على وجه العبادة،  
ثم طرأ ما يمنع إجزائه أو وجوبه لم يعد إلى ملكه**

أمثلة ذلك :

١ - إذا أوجب هدياً أو أضحية عن واجب في ذمته - كنذرٍ، أو هدي متعة، وقران ونحو ذلك - ثم تعيت فإنها لا تجزيه، فيذبح بدلها، وهل يعود المعيب إلى ملكه؟ على روايتين، والمذهب: لا يعود إلى ملكه؛ لأنه قد تعلق به حق الفقراء.

٢ - إذا عجل الزكاة فدفعها إلى الفقير ثم هلك المال فهل يرجع بها أم لا؟ على وجهين، والمذهب: أنه لا يرجع.

٣ - لو عجل عن ثلاثين من البقر تبيعاً، ثم نتجت عشرة قبل الحول وقلنا لا يجزئ التبيع عن شيء منها<sup>(١)</sup> - إذ الواجب في الأربعين مُسَنَّة - فهل يرجع به؟ تخرج على الوجهين<sup>(٢)</sup>.



(١) المذهب: يجزئ المعجل.

(٢) قال المرداوي في الإنصاف ٣/ ١٥٠: «إن كان المعجل موجوداً ساغ ارتجاعه».

## القاعدة الحادية والثلاثون

### من شرع في عبادة تلزم بالشروع، ثم فسدت فعلية قضاؤها على الصفة التي أفسدها

ويتخرج على ذلك مسائل:

- ١ - إذا صَلَّى المسافر خلف مقيم وفسدت صلاته، فإنه يجب عليه قضاؤها تامة.
- ٢ - إذا أحرم من بلده ثم أفسد نسكه بجماعٍ وجب قضاؤه، والإحرام من موضع إحرامه أولاً، نصّ عليه أحمد.
- ٣ - إذا عين عما في ذمته من الهدي، أو الأضحية - كأضحية مندورة - ما هو أزيد صفة من الواجب ثم تلف<sup>(١)</sup>، فإن كان تلفه بتفريطه فعليه إبداله بمثله، وإن كان بغير تفريط ففيه وجهان.
- ٤ - لو نذر اعتكافاً في شهر رمضان، ثم أفسده فهل يلزمه قضاؤه في مثل تلك الأيام؟

على وجهين، وظاهر كلام أحمد: لزومه؛ لأن الاعتكاف في هذا الزمن فضيلة لا توجد في غيره كما لو نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ثم أفسده.



(١) كما نذر الأضحية بشاةٍ غير سميّة، فعين شاةً سميّة.

## القاعدة الثانية والثلاثون

### يصح استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدّة معلومة

ويتخرج على ذلك مسائل :

- ١ - المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدّة معلومة صح - كما لو باعه بيته، واستثنى سكناه مدة شهر - .
- ٢ - الوقف، يصح أن يقف ويستثنى منفعته مدّة معلومة أو مدة حياته .
- ٣ - يصح أن يعتق عبده ويستثنى منفعته مدة معلومة، وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها؛ لأنه استثنى الانتفاع بالبضع وتملكه بعقد النكاح وجعل العتق عوضاً عنه فانعقد في آنٍ واحدٍ .
- ٤ - إذا كاتب أمته واستثنى منفعة الوطء، فإنه يصح على المذهب .
- ٥ - الوصية فيصح أن يُوصي برقبة عينٍ لشخصٍ وبنفعها لآخر مطلقاً أو مدة معلومة، أو نفعها للورثة .
- ٦ - الهبة يصح أن يهبه شيئاً ويستثنى نفعه مدّة معلومة .
- ٧ - عوض الصداق والخُلع والصلح على مالٍ، وقياس المذهب: صحة استثناء المنفعة فيها، كما لو أصدقها بيتاً واستثنى منفعته مدة معلومة، أو خالعه على بيت واستثنى نفعه مدّة معلومة، أو صالحه عن دينه ببيتٍ واستثنى منفعته مدّة معلومة .





## القاعدة الثالثة والثلاثون

### الاستثناء الحكمي هل هو كاستثناء اللفظي أم تُغتفر فيه الجهالة بخلاف اللفظي؟

- الاستثناء الحكمي: هو مقتضى حكم المسألة إخراج صورته من صور المسألة.

والاستثناء اللفظي: ما اشترط العاقد إخراجه من صور المسألة - .

فيه وجهان، والصحيح عند صاحب المغني الصحة، وهو قياس المذهب، خلافا للقاضي، ويخرج على ذلك مسائل:

١ - لو باعه أمة حاملاً بحر، وقلنا لا يصح استثناء الحمل لفظاً فهل يصح<sup>(١)</sup> البيع - مع أن الحمل مستثنى حكماً إذ الحر لا يباع - أم لا؟ على وجهين.

٢ - لو باعه عقاراً تستحق فيه السكنى الزوجة المعتدة من الوفاة بالحمل فهل يصح؟ قال في المغني: لا؛ لأن مدة الحمل مجهولة بخلاف مدة الأشهر، وقال الشيخ مجد الدين: قياس المذهب صحة البيع.

٣ - بيع الدار المؤجرة تصح سواء علم المشتري بالإجارة أو لم يعلم.

وقال في رواية الميموني: ليس له أن يبيعها حتى يبين.....، فأحمد إنما أوجب بيان ذلك؛ لأن تركه تدليسٌ وتغريبٌ، ولم يتعرض للصحة والبطالان، وسواء علم بمقدار مدة الإجارة أو لم يعلم هذا قياس المذهب، وقد ذكروا أنه لو اشترى صبرةً من طعام فبان تحتها دكة فإن علم بذلك فلا خيار له وإلا فله الخيار، وعلمه بها يفضي إلى دخوله على جهالة مقدار الصبرة، ولو استثنى بلفظه مقدار ذلك لم يصح.

(١) المذهب: لا يصح بيع الحامل مع استثناء حملها لفظاً.

- ٤ - لو اشترى أمةً مُزوجةً صح، سواء علم بذلك أو لم يعلم وتقع منافع البُضع مستثناة في هذا العقد حكماً - للزوج -، ولو استثنائها في العقد لفظاً لم يصح - فلو باع الأمة، واستثنى منفعة البضع - الوطاء - لم يصح -.
- ٥ - لو اشترى شجراً وعليه ثمر، أو أرضاً فيها زرع، أو داراً فيها طعام كثير صح، ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى إلى أوان تفرغته على ما جرت به العادة وذلك مجهول، ولو استثنى بلفظه في مثل هذه المدة لم يصح.
- ٦ - لو اشترى أمةً أو عبداً مُحَرِّماً صح ووقع مدة إحرامه مستثنى من البيع، وسواء علم بذلك أو لم يعلم، نصّ عليه أحمد، مع أن مدة الإحرام لا تنضبط.



### القاعدة الرابعة والثلاثون

## استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع من سريان العتق إليها كالاستثناء في العقد وأولى

لأن الاستثناء الحكمي<sup>(١)</sup> أقوى، ولهذا يصح بيع العين المؤجرة، والأمة المزوجة عند من لا يرى استثناء المنافع في العقد خلافاً للشيخ تقي الدين في قوله: يسري العتق إليها إن لم يستثن<sup>(٢)</sup>، وتنقسم هذه القاعدة إلى قسمين:

**القسم الأول:** استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع سريان العتق إليها - كما سيأتي في المسائل -.

**القسم الثاني:** استحقاق منافع العبد بعقد جائز لا يمنع سريان العتق إليها.

ويتفرع على هذا مسائل:

١ - إذا عتقت الأمة المزوجة تحت حرٍّ لم تملك منفعة البضع التي هي مورد النكاح، - فلا خيار لها - وإنما يثبت لها الخيار تحت العبد؛ لأنها كملت تحت ناقص فزالت كفاءته بذلك، ومن قال بسرارية العتق قال: قد ملكت بضعها فلم يبق لأحد عليها ملك فصار الخيار لها في المقام مع الزوج أو مفارقتها سواء كان حرّاً أو عبداً، وعلى هذا لو استثنى - المعتق لهذه الأمة - منفعة بضعها للزوج صح ولم تملك الخيار سواء كان زوجها حرّاً أو عبداً ذكره الشيخ وقال: هو مقتضى المذهب.

٢ - لو أجز عبده مدة ثم أعتقه في أثناءها لم تنفسخ الإجارة على

(١) تقدم الاستثناء الحكمي في القاعدة السابقة.

(٢) كما سيأتي في المسائل المخرجة.

المذهب، وعند الشيخ تقي الدين: تنفسخ - فيسري العتق إلى منفعه - إلا أن يستثنى في العتق.

٣ - لو أعتق الورثة العبد الموصى بمنفعه صحَّ ولم يسر إلى المنافع - فتبقى المنافع موصى بها - .



## القاعدة الخامسة والثلاثون

### من ملك منفعة عين، ثم ملك تلك العين

من ملك منفعة عين بعقد، ثم ملك العين بسبب آخر هل يفسخ العقد الأول أم لا؟ تنقسم هذه القاعدة إلى ثلاثة أقسام:

**القسم الأول:** من ملك منفعة عين بعقد مُؤَبَّد غير عقد معاوضة، ثم ملكها بعقد آخر لم يفسخ العقد الأول، ومثال ذلك:

١ - من وُصِّي له بمنافع أمة ثم اشتراها.

٢ - من وهبت له منافع أمة ثم اشتراها لم تنفسخ الهبة<sup>(١)</sup>

**القسم الثاني:** من ملك منفعة عين بعقد معاوضة مُؤَبَّد، ثم ملكها بعقد آخر انفسخ العقد الأول.

مثال ذلك: النكاح - فإذا تزوّج أمة ثم اشتراها - انفسخ النكاح بملك الرقبة؛ لأنه ملك ضعيف ويختص بمنفعة البُضْع، فلا يجتمع مع الملك القوي، وهو ملك الرقبة.

**القسم الثالث:** من ملك منفعة عين بعقد معاوضة غير مُؤَبَّد، ثم ملك العين بعد ذلك لم يفسخ العقد الأول.

مثال ذلك: الإجارة، فإذا ملك العين بعد ذلك فهل يفسخ؟ فيه وجهان: ويندرج تحت ذلك صور:

١ - لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها، فيه وجهان: والمذهب: لا يفسخ عقد الإجارة؛ لأن المنافع ملكها أولاً بجهة الإجارة وخرجت عن ملك المؤجر، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع وهو

(١) فلو رد المشتري هذه الأمة المشتراة بعيب، بقيت هبة المنافع له.

العين المسلوقة النفع فصار كما لو اشترى العين الموصى بمنافعها من الورثة.  
ولو ملك المستأجر العين بهبة فهو كما لو ملكها بشراء، فأما إن وهب  
العين المستعارة من المستعير فإنه تبطل العارية، ذكره القاضي وابن عقيل؛ لأنه  
عقد غير لازم.

٢ - لو استأجر داراً من أبيه ثم مات الأب فورثها، المذهب عند  
القاضي: أنه لا يفسخ كسواء المستأجر، وقال في المجرد: يفسخ.  
٣ - لو اشترى طلعاً لم يؤبر في رأس نخلة بشرط قطعه ثم اشترى أصله  
في الحال<sup>(١)</sup>، المجزوم به في الكافي: أنه لا يفسخ بغير خلاف.



(١) إذ لا يجوز شراء التمر قبل بُدُوّ الصلاح إلا بشرط القطع في الحال، أو مع أصله.

## القاعدة السادسة والثلاثون

### من استأجر عيناً ممن له ولاية الإيجار، ثم زالت ولايته قبل انقضاء مدة الإجارة، فهل تنفسخ الإجارة؟

وتحت هذه القاعدة ثلاثة أقسام:

**القسم الأول:** أن تكون إجارته بولاية محضة ثم تنتقل الولاية إلى غيره، فلا تنفسخ الإجارة مثل: الوكيل إذا أجر ثم عزل.

**القسم الثاني:** أن تكون إجارته بولاية محضة، ثم تزول الولاية عن المؤلّي عليه بالكلية؛ كصبي بلغ بعد إيجاره أو إيجار عقاره والمدة باقية. ففيه وجهان:

**الأول:** أنه لا تنفسخ إجارته، وهو قول القاضي وأصحابه؛ لأنه تصرف له تصرفاً لازماً فلا ينفسخ ببلوغه، كما لو زوجه أو باع عقاره، وهو المذهب إلا أن يؤجره في مدة يعلم بلوغه فيها.

**والثاني:** ينفسخ، ذكره في المغني وجهاً؛ لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها.

**القسم الثالث:** أن تكون إجارته بملك ثم تنتقل إلى غيره، وهو أنواع:

**أحدها:** أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولي عليه، فتفسخ الإجارة لملكه المنافع الباقية منها، ودخل تحت هذا إذا أجر مسلم شيئاً ثم استولى عليه الكفار، وإذا أجر الحربي شيئاً لحربي ثم استولى عليه المسلمون، أمّا إن أجر الحربي شيئاً لمسلم أو ذمي ثم استولى عليه المسلمون فالإجارة باقية؛ لأن المنافع ملك لمعصوم فلا تملك.

**وثانيها:** أن ينتقل الملك إلى من يخلفه في ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه فلا اعتراض له على عقوده بل هو منفذ لها، وذلك كالوارث،

والمشتري<sup>(١)</sup>، والمتَّهب، والمُوصى له بالعين، والزوجة إذا أخذت العين صداقاً، أو أخذه الزوج منها عوضاً عن خُلْع أو صلحاً أو غير ذلك.

**وثالثها:** أن يكون مزاحماً للأول في الاستحقاق ومتلقياً للملك عمن تلقَّاه الأول، لكن لا حق له في العين إلا بعد انتهاء استحقاق البطن الأول كالبطن الثاني من أهل الوقف إذا أجز البطن الأول ثم انقرض والإجارة قائمة - كما لو كان الوقف على أولاده، ثم الفقراء، فانقرض أولاده وقد أجروا الوقف - وفيه وجهان:

**أحدهما:** أنه لا تنفسخ؛ لأن الثاني لا حق له في العين إلا بعده فهو كالوارث.

**والثاني:** وهو المذهب الصحيح أنه ينفسخ؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى، فلا حق للأولى فيه بعد انقراضهم.

**ورابعها:** أن يكون مزاحماً للأول في استحقاق التلقي عمن تلقى عنه الأول بسبق حقه عليه وهو المشتري للشُّقْص المشفوع إذا أجز، - كأن يشتري نصيب زيدٍ من أرضٍ مشتركةٍ بين زيدٍ وعمرو، ثم يؤجرها المشتري، ثم ينتزعها عمرو من المشتري - وفيه ثلاثة أوجه:

**أحدها:** لا تنفسخ الإجارة؛ لأن ملك المؤجر ثابت، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه.

**والثاني:** أنه تنفسخ الإجارة بأخذه، وهو المجزوم به في المحرر، وهو المذهب، لما قلنا من ثبوت حقه في العين والمنفعة، فيملك انتزاع كل منهما ممن هو في يده.

**والثالث:** أن الشَّفيع بالخيار بين أن يفسخ الإجارة أو يتركها، وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسألة الإعارة وهو أظهر.

(١) فإذا انتقلت العين المؤجرة إلى الورثة لم تنفسخ الإجارة، وهكذا.



وخامسها: أن ينفسخ ملك المؤجر ويعود الملك إلى من انتقل الملك منه - أولاً - فالمعروف من المذهب: أن الإجارة لا تنفسخ بذلك؛ لأن فسخ العقد له من حينه لا من أصله - مثاله: باع زيدٌ على عمرو سيارته، ثم أجرها عمرو، ثم تبين فيها عيب، ثم ردها عمرو على زيد لم تنفسخ الإجارة - .



## القاعدة السابعة والثلاثون

### في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض، وتداخل أحكامها

ويندرج تحتها صور:

١ - إذا رهنه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به، المذهب: أنه يصير عارية حالة الانتفاع مضموناً بالانتفاع به؛ لصيرورته عارية، ولا يخرج بذلك عن الرهن.

٢ - إذا أودعه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به، يصير مضموناً حالة الانتفاع لمصيره عارية حينئذٍ.

٣ - إذا أعاره شيئاً ليرهنه صحَّ، نصَّ عليه، ونقل ابن المنذر: الاتفاق عليه ويكون مضموناً على الراهن - أي: المستعير -؛ لأنه مستعير، وأمانة عند المرتهن، وأما اللزوم وعدمه فقال الأصحاب: هو لازم بالنسبة إلى الراهن - المستعير - والمالك، لكن للمالك المطالبة بالافتكاك، فإذا انفك زال اللزوم فيرجع فيه المالك.

٤ - لو أعاره شيئاً ثم رهنه عنده - مثاله: أعاره الكتاب، ثم جعله رهناً مقابل قرض أخذه منه - فقال أبو البركات في الشرح: قياس المذهب: صحته ويسقط ضمان العارية؛ لأنها ليست لازمة، وعقد هذه الأمانة لازم.

٥ - ورود عقد الرهن على الغصب - مثاله: أن يجعل المغصوب منه العين المغصوبة رهناً عند الغاصب مقابل قرض مثلاً -، فيصح عندنا، ويبرأ به الغاصب، وكذا لو أودعه عنده - أي: أودع المغصوب منه العين المغصوبة للغاصب - أو أعاره إيَّاه، أو جعله مضاربة، أو استأجره لخياطته أو نحوها، ذكره أبو الخطاب وغيره.

٦ - رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره - كأن يشتري منه مكيلاً، ولم يدفع ثمنه فرهن المشتري المبيع على ثمنه - إذا قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها؛ لأن يده صارت يد ارتهان.

٧ - لو قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك بالدين - فالمذهب فساد الشرط - وقبل ذلك هو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضموناً؛ لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وابن عقيل، والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هارون: أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف؛ لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه.

٨ - لو كاتب المُدَبِّرَ أو دَبَّرَ المكاتب صحَّ، ثم إن مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئاً عتق بالتدبير من الثلث، وهل يكون كسبه له كما لو عتق في حياة السيد وهو مكاتب أو للورثة كعتقه بالتدبير؟ على وجهين.

وهكذا حكم اجتماع الاستيلاء والكتابة - كأن ي كاتب أم ولده -.

ونقل ابن الحكم عن أحمد: ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على أن التدبير وصية فيبطل بالكتابة.



## القاعدة الثامنة والثلاثون

**إذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها،  
جعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه**

ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - لو أعاره شيئاً وشرط عليه العوض - أي: أعاره، وشرط عليه بدل العارية - فهل يصح أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض.

والثاني: أنها تفسد بذلك وجعله أبو الخطاب في موضع آخر المذهب؛ لأن العوض يخرجها عن موضوعها، وفي التلخيص: إذا أعاره عبده على أن يعيره الآخر فرسه فهي إجارة فاسدة غير مضمونة فهذا رجوع إلى أنها كناية في عقد آخر، والفساد إما أن يكون لاشتراط عقد في عقد آخر وإما لعدم تقدير المنفعتين، وعليه خرجه الحارثي وقال: وكذلك لو قال أعرتك عبدي لثَمُونَهُ أو دابتي لتعلفها، وهذا يرجع إلى أن مؤنة العارية على المالك، وقد صرح الحلواني في التبصرة بأنها على المستعير.

٢ - لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أو لي، فقال القاضي وابن عقيل: هي مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل.

وقال في المغني في موضع آخر: إنه إِبْضَاعٌ<sup>(١)</sup> صحيح فراعى الحكم دون اللفظ، وعلى هذا فيكون في الصورة الأولى قَرْضاً.

والمذهب: إن قال خذه فاتجر به والربح كله لك، فالمال المدفوع قرض لا قراض - أي: مضاربة -؛ لأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه فانصرف

(١) الإِبْضَاع: دفع المال لمن يعمل فيه بلا عوض.

إليه كالتملك والربح كله للعامل لا حق لرب المال فيه؛ أي: الربح، وإنما يرجع بمثل ما دفعه.

فإن قال رب المال: خذه فاتجر فيه والربح كله لي، فهو إِبْضَاع؛ أي: يصير جميع الربح لرب المال لا حق للعامل فيه فيصير وكيلًا متبرعًا؛ لأنه قرن به حكم الإِبْضَاع فلو قال مع ذلك: وعليك ضمانه لم يضمنه؛ لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة، ما لم يتعد أو يفرط فلا يزول ذلك بشرطه.

٣ - لو استأجر المكيل أو الموزون أو النقود أو الفلوس ولم يذكر ما يستأجرها له، فقال القاضي: يصح ويكون قرضًا. ولنا وجه آخر: أنه لا يصح - وهو المذهب -.

٤ - لو أجره الأرض بثلث ما يخرج منها من زَرْع نصَّ أحمد على صحته، واختلف الأصحاب في معناه، فقال القاضي: هي إجارة على حد المَزَارَعَةِ تصح بلفظ الإجارة وحكمها حكمها.

وقال أبو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني: هي مُزَارَعَةٌ بلفظ الإجارة فتصح على قولنا يجوز أن يكون البذر من العامل وإلا فلا.

٥ - لو أسلم في شيء حالًا - كأن أسلمه دراهم على أن يعطيه برأ حالًا - فهل يصح ويكون بيعًا أو لا يصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلام أحمد في رواية المروزي لا يصح، وهو المذهب. والثاني: يصح، قاله القاضي في موضع من خلافه.

٦ - إذا قال: أنت علي حرام؛ أعني: به الطلاق وقلنا: الحرام صريح في الظَّهَارِ فهل يلغو تفسيره ويكون ظهارًا أو يصح ويكون طلاقًا؟ على روايتين.

والمذهب: أنه إذا قال لزوجته أنت عَلَيَّ حرام أو الحل عَلَيَّ حرام أو ما أحل الله عَلَيَّ حرام ظهار ولو نوى به طلاقًا؛ لأنه صريح في تحريمها.

٧ - لو قال له في دين السلم: صالحني منه على مثل الثمن، قال القاضي: يصح ويكون إقالة، وقال هو وابن عقيل: لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله؛ لأنه نفس حقه فيخروج في المسألة وجهان التفاتًا إلى اللفظ والمعنى.

## القاعدة التاسعة والثلاثون

### في انعقاد العقود بالكنايات واختلاف الأصحاب في ذلك

فقال القاضي في مواضع: لا كناية إلا في الطلاق والعتاق، وسائر العقود لا كناية فيها.

وقال في موضع آخر منه: تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النكاح لاشتراط الشهادة عليه وهي لا تقع على النية - إذ الكناية لا بد فيها من النية -، وكلام كثير من الأصحاب يدل عليه، وهل المُعاطاة التي ينعقد بها البيع والهبة ونحوهما إلا من الكنايات؟.

١ - لو أجره عيناً بلفظ البيع ففي الصحة وجهان، وقال صاحب التلخيص:

إن أضاف البيع إلى العين<sup>(١)</sup> لم يصح، والوجهان في إضافتها إلى المنفعة<sup>(٢)</sup>، والمذهب من هذين الوجهين: الصحة.

٢ - الرجعة بالكنايات إن اشترطنا الإشهاد عليها - والمذهب عدم الاشتراط - لم يصح وإلا فوجهان.

فأما قوله لأَمته: أعتقتك وجعلتُ عتقك صداقك فجعله ابن حامد كناية، ولم ينعقد به النكاح حتى يقول: وتزوجتك.  
وقال القاضي: هو صريح بقريئة ذكر الصّدّاق.



(١) كقوله: بعتك هذه البيت لمدة شهر.

(٢) كقوله: بعتك سكنى هذه البيت لمدة شهر.

## القاعدة الأربعون

### الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها

هذه القاعدة تنقسم إلى أقسام:

**القسم الأول:** أن يتعلق الحكم بملك العين، فإذا زال ذلك الملك سقط الحكم المتعلق بها، ولم يعد يعود ملكها إلى من زال عنه، ومنه:

١ - الإجارة فمن استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه عنه بتملك قَهْرِيٍّ يشمل العين والمنفعة ثم عاد ملك المؤجر والمدة باقية لم تعد الإجارة، هذا هو الظاهر.

**مثاله:** أن تنتقل عنه العين إلى من يملك بالقهر ما يستولي عليه، فتتفسخ الإجارة لملكه المنافع الباقية منها، كما لو أجرة مسلم شيئاً ثم استولى عليه الكفار، أو أجرة الحربي شيئاً لحربي ثم استولى عليه المسلمون، فإذا عاد إلى ملك الأول لم تعد الإجارة - (١)

٢ - الإعارة فلو أعاره شيئاً ثم زال ملكه عنه، ثم عاد لم تعد الإعارة.

٣ - الوصية تبطل بإزالة الملك ولا تعود بعده.

٤ - الهبة قبل القبض، وسائر العقود الجائزة كالوكالة وغيرها، - فإذا زال الملك قبل القبض ثم عاد لم تعد الهبة - وكذا لو زال ملك العين، ثم عاد لم تعد الوكالة.

٥ - لو أذن السيد لعبده في النكاح، ثم طلق فإن كان رَجْعِيًّا، فله الرجعة دون إذن السيد؛ لأن الملك قائم، وإن كان بائناً لم يملك إعادتها دون إذن السيد؛ لأنه تجديد للملك.

(١) ينظر: القاعدة السادسة والثلاثون.

القسم الثاني: ما يتعلق بالحكم فيه بنفس العين من حيث هي تعلقاً لازماً لم يختص تعلقه بملك دون ملك، وله صور:

- ١ - الرهن، فإذا رهن عينا رهناً لازماً ثم زال ملكه عنها بغير اختياره - كما لو استولى عليه الكفار - ثم عاد، فالرهن باقٍ بحاله.
- ٢ - لو سَبَى الكُفَّار العبد المرهون ثم استنقذ منهم عاد رهناً بحاله نصَّ عليه الإمام أحمد.

٣ - لو تَحَمَّرَ العصير المرتهن ثم تخلل، فإنه يعود رهناً كما كان.

- ٤ - لو صالحه عن دين الرهن على ما يشترط قبضه في المجلس - كما لو صالحه عن الذهب بفضة - صحَّ الصلح وبرئت ذمته من الدين وزال الرهن، فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله.

٥ - ما قاله أبو بكر: إن عاد الرهن إلى الراهن بطل الرهن، فإن عاد إلى المرتهن عاد رهناً كما كان، وفي كلام أحمد نحوه، وتأوله القاضي وابن عقيل على أنه بطل لزومه؛ لأنه لو بطل بالكلية لم يعد بدون عقد، وهذا باطل بمسألة الصلح، وقد وافق عليها، والظاهر: أن الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن.

- ٦ - المكاتب، فإن المكاتبه عقد لازم ثابت في الرقبة فلا يسقط بانتقال الملك فيه.

٧ - الأضحية المعينة، فإن الحق ثابت في رقبتها لا يزول بدون اختيار المالك، فإذا تعيت خرجت عن كونها أضحية، فإذا زال العيب عادت أضحية كما كانت، ذكره ابن عقيل في عُمْدِهِ.

- ٨ - التدبير على إحدى الروايتين، فلو باع المُدَبَّر، ثم اشتراه عاد التدبير.

٩ - رجوع الزوج في نصف الصداق بعد الفرقة فإنه يستحقه سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد أو لم يزل؛ لأن حقه متعلق بعينه.

- ١٠ - عروض التجارة إذا خرجت عن ملكه بغير اختياره ثم عادت فإنه



لا ينقطع الحَوْل بذلك كما إذا تَحَمَّرَ العصير ثم تخلل، ذكره ابن عقيل وغيره .

١١ - صفة الطلاق، تعود بعود النكاح، كما لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، فأبانها ثم كلمت زيداً، ثم عقد عليها ثم كلمت زيداً - طلقت - وسواء وجدت في زمن البينونة أو لم توجد، على المذهب الصحيح .

١٢ - صفة العتق تعود بعود ملك الرقيق في أشهر الروايتين - كما لو قال السيد: إن كلمت زيداً فأنت حرٌّ ثم باعهُ ثم اشتراه ثم كلمه -، وفي الأخرى: لا تعود إذا وجدت الصفة بعد زوال الملك - إذا كلمه بعد البيع - .

١٣ - الرد بالعيب لا يمتنع بزوال الملك إذا لم يدل على الرضا - كما لو باع السلعة المشتراة، ثم تبين فيها عيب - .

وها هنا صور مختلف في إلحاقها بأحد النوعين وهي محتملة:

١ - رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا أخرجته الابن عن ملكه ثم عاد إليه فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا؟

٢ - رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها بعينها في مال المفلس وكان المفلس قد أخرجها عن ملكه ثم عادت إليه، وفي المسألتين السابقتين ثلاثة أوجه:

أحدها: لا حق لهما فيها؛ لأن حقهما متعلّق بالعقد الأول المتلقى عنهما .

الثاني: لهما الرجوع نظراً إلى أن حقهما ثابت في العين وهي موجودة فأشبه الرد بالعيب .

الثالث: إن عاد بملك جديد سقط حقهما، وإن عاد بفسخ العقد فلهما الرجوع؛ لأن الملك العائد بالفسخ تابع للملك الأول فإن الفسخ رفع للعقد الحادث فيعود الملك كما كان .

٣ - الفراش، فإذا وطئ أمةً له ثم باعها ووطئ أختها بالملك، ثم عادت

الأولى إلى ملكه فهل يعود الفراش أم لا؟ على وجهين، أشهرهما أنه يعود، وهو المنصوص؛ فيجب عليه اجتنابهما حتى يحرم إحداهما.

**والثاني:** له استدامة استفراش الثانية، ويجتنب الراجعة لزوال الفراش فيها بزوال الملك وهو اختيار صاحب المحرر.



### القاعدة الحادية والأربعون

إذا تعلق بعينٍ حقٌّ تعلُّقاً لازماً،

تعلق ذلك الحقُّ ببدلها إذا أتلُفت من غير عقدٍ آخر

ويتخرج على ذلك مسائل:

- ١ - لو أتلُف الرهن مُتِلَفٌ وأخذت قيمته فظاهر كلامهم أنها تكون رهناً بمجرد الأخذ، وفرع القاضي على ذلك: أن الوكيل في بيع المتلف - أي: وكل في بيع شيء ثم أتلُف، فأخذ البدل - يملك بيع البدل المأخوذ بغير إذن جديد وخالفه صاحب الكافي والتلخيص.
- ٢ - الوقف إذا أتلُفه مُتِلَفٌ وأخذت قيمته فاشتري بها بدله فإنه يصير وقفاً بدون إنشاء الوقف عليه من الناظر.
- ٣ - إذا أتلُف الأضحية مُتِلَفٌ وأخذت منه القيمة، أو باعها من أوجبها ثم اشترى بالقيمة أو الثمن مثلها فتصير أضحية متعينة بمجرد الشراء.
- ٤ - الموصى له بعينٍ إذا أتلُفها مُتِلَفٌ بعد الموت وقبل القبول فحقه باقٍ في بدلها.



## القاعدة الثانية والأربعون

### أداء الواجبات المالية على الفور

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** إذا كان الحق الواجب ديناً لآدمي غير محدد بزمنٍ لم يجب الوفاء به من غير طلبٍ.

**القسم الثاني:** إذا كان الحق الواجب ديناً لآدمي محددًا بزمنٍ وجب الوفاء به عند حلوله من غير طلبٍ.

**القسم الثالث:** إذا كان الحق الواجب ديناً لله وجب الوفاء به عند وجوبه مع التمكن من غير طلب، فالمذهب: أنه يجب أدائه على الفور لتوجه الأمر بأدائه من الله ﷻ، فدخل في ذلك الزكاة والكفارات والنذور.

**القسم الرابع:** إذا كان الحق عيناً وضعها صاحبها برضاه تحت يد من هي في يده لم يجب الرد إلا بطلبٍ من المستحق كالأمانات التي حصلت في يد المؤتمن برضى صاحبها، ودخل في ذلك الوديعة، وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها.

**القسم الخامس:** الأمانات الحاصلة في يده بدون رضى أصحابها، فيجب المبادرة إلى ردّها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة ودخل في ذلك اللقطة إذا علم صاحبها، والوديعة والمضاربة والرهن ونحوها إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه فإنه لا يجوز له الإمساك بدون إذن؛ لأن المالك لم يرض به، وكذا من أطارت الريح ثوباً إلى داره لغيره لا يجوز له الإمساك مع العلم بصاحبه.

ثم إن كثيراً من الأصحاب قالوا هاهنا: الواجب الرد، وصرح كثير منهم بأن الواجب أحد شيئين إما الرد أو الإعلام كما في المغني والمحزر

والمستوعب؛ لأن مؤنة الرد لا تجب عليه، وإنما الواجب التمكين من الأخذ.

**القسم السادس:** الأمانات إذا فسخها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمُضَارَبَة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان صرّح به القاضي في خلافه وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته، وظاهر كلامه: أنه يجب فعل الرد، فإن العلم هنا حاصل للمالك، وعلى قياس ذلك الرهن بعد استيفاء الدين، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة، وذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة: أنه لا يجب على المستأجر فعل الرد، ومنهم من ذكر في الرهن كذلك وسيأتي، في القاعدة التي تليها.

**القسم السابع:** الأعيان المملوكة بالعقود قبل تقبيضها - كالمبيع مثلاً -، فالأظهر: أنها من هذا القبيل؛ لأن المالك لم يرض بإبقائها في يد الآخر فيجب التمكين من الأخذ ابتداءً بدليل أنه لا يجوز عندنا حبس المبيع على الثمن.

**القسم الثامن:** الأعيان المضمونة فتجب المبادرة إلى الرد بكل حال سواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله، **فالأول:** كالعواري يجب ردّها إذا استوفى منها الغرض المستعار له - مطلقاً - وكذلك حكم المقبوض للسّوم - كما لو قبض السلعة بعد أن سامها من البائع ليربها أهله -، ويستثنى من ذلك المبيع المضمون على بائعه فلا يجب عليه سوى تمييزه وتمكين المشتري من قبضه - كالمبيع بكيّل، أو وزن، أو عدّ، أو دَرع، وكالمبيع بوصف، أو رؤية سابقة -؛ لأن نقله على المشتري دون البائع، **والثاني:** كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما، **والثالث:** كالزكاة إذا قلنا تجب في العين فتجب المبادرة إلى الدفع إلى المستحق مع القدرة عليه من غير ضرر؛ لأنها من قبيل المضمونات عندنا، وكذلك الصيد إذا أحرم وهو في يده أو حصل في يده بعد الإحرام بغير فعل منه.



## القاعدة الثالثة والأربعون

### فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** أن يعقد على ملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه كالبيع، فإن كان البائع ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب إلا حيث يجوز الامتناع من التسليم كتسليم العوض - بأن يمتنع من تسليمه حتى يسلم له العوض - على وجه أو لكونه رهناً عنده - بأن جعله المشتري رهناً عند البائع مقابل قرض مثلاً - أو لاستثنائه منفعته مدة - كأن يكون البائع استثنى منفعة المبيع مدة كذا وإن لم يكن ممتنعاً من التسليم بل باذلاً له، فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب.

**القسم الثاني:** أن يكون المعقود عليه مُبهماً لم يتعين بعد كقفيزٍ من صبرة فإن على البائع ضمانه في الجملة ولا يزول ضمانه بدون قبض المشتري، وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التمييز أو لا يحصل بدون النقل فيما ينقل؟ على روايتين، والمذهب: بمجرد التمييز مع التخلية فإن اعتبرنا النقل امتد الضمان إليه، وهل يسقط بتفريط المشتري في النقل؟ على وجهين أشهرهما: أنه يسقط به.

**القسم الثالث:** أن يعقد عليه عقداً وينقله إلى يد المعقود له ثم ينتهي العقد أو يفسخ وهو نوعان:

**أحدهما:** أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار، والعين المستأجرة إذا انتهت المدة، أو العين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول، وفيه أوجه:

**أحدها:** أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول

قبل التسليم، فإن كان مضموناً عليه كان بعد انتهاء العقد مضموناً له وإلا فلا - مثاله: باعه قفيزاً من صبرة فمن ضمان البائع قبل التسليم، وإذا فسخ العقد بعيب مثلاً كان مضموناً له - وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب الكافي<sup>(١)</sup> في آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر، فعلى هذا إن كان في بيع أو نكاح وكان متميزاً - كهذا الكتاب - لم يضمن على الصحيح، وإن كان غير متميز - كقفير من صبرة، وتقدم قريباً - ضمن وإن كان في إجارة ضمن بكل حال.

**الثاني:** أنه لا ضمان في الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب في الانتصار؛ لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه.

**النوع الثاني:** عقود الأمانات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت، والهبة إذا رجع فيها الأب، أو قيل بجواز فسخها مطلقاً كما أفتى به الشيخ تقي الدين - كما لو شرط الرجوع فيها<sup>(٢)</sup> - ففيها وجهان:

**أحدهما:** أنها غير مضمونة، ولا يجب الرد إلى صاحبه استصحاباً للإذن السابق والإيمان، وأنها تبقى أمانة كما لو أطارط الريح إلى داره ثوباً، وهذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع؛ لأن الواجب التمكين منه لا حمله إليه.

والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات: أن المعاوضات تضمن بالعقد وبالقبض، فإذا كان عقدها مضموناً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد فكذلك بالفسخ.

**والوجه الثاني:** أنه يصير مضموناً إن لم يبادر إلى الدفع إلى المالك كمن أطارط الريح إلى داره ثوباً.

**القسم الثالث:** أن تحصل في يده بغير فعله كمن مات مورثه وعنده -

(١) ينظر: القاعدة الحادية والخمسون.

(٢) فعند شيخ الإسلام: يصح شرط الرجوع في الهبة.

أي: مورثه - وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت إلى يده فلا يجوز له الإمساك بدون إعلام المالك كما سبق؛ لأن المالك لم يأتمنه.

فإن تلفت تحت يده قبل التمكن من الأداء فلا ضمان لعدم التفريط، وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك، وإن تلفت بعده فالمشهور: الضمان لتعديه بترك الرد مع إمكانه وهو غير مؤتمن، وحكى صاحب المقنع وجهاً آخر: أنه لا ضمان ويكون أمانة عنده كما لو انقضت مدة الإجارة ثم تلفت العين عند المستأجر، وبينهما فرق فإن المستأجر مستصحب للإذن في القبض بخلاف هذا.

**القسم الرابع:** ما قبض من مالكة بعقد لا يحصل به تملك، ثلاثة أنواع:

**أحدها:** ما قبضه آخذه لمصلحة نفسه كالعارية فهو مضمون في ظاهر المذهب.

لأن الإذن إنما تعلق بالانتفاع، وقبض العين وقع من حيث اللزوم فهو كقبض المضطر مال غيره لإحياء نفسه لا يسقط عنه الضمان.

**الثاني:** ما أخذه لمصلحة مالكة خاصة كالمودع فهو أمين محض، لكن إذا تلفت الوديعة من بين ماله ففي ضمانه خلاف، فالمذهب: عدم الضمان.

**الثالث:** ما قبضه لمنفعة تعود إليهما، وهو نوعان:

**أحدهما:** ما أخذه على وجه الملك فتبين فساد أو على وجه السؤم، فأما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون في المذهب؛ لأنه قبضه على وجه الضمان ولا بد.

ونقل ابن مشيش وحرب عن أحمد: ما يدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السؤم.

وأما المقبوض على وجه السؤم، إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فإن رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله، وإن أخذه بإذن مالكة من غير سؤم ولا قطع ثمن ليريه



أهله، فإن رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما: أنه غير مضمون عليه<sup>(١)</sup>.

ومن هذا النوع ما إذا قبض المشتري زيادةً على حقه غلطاً فإنها تكون مضمونة عليه؛ لأنه قبضها على وجه العوض ذكره الأصحاب، ويحتمل أن لا يضمن على معنى تعليل أحمد في المقبوض بالسَّوْم أنه على ملك البائع، ومن ذلك لو دفع إليه كيساً وقال له: استوف منه قدر حَقِّك ففعل فهل يصح؟ على وجهين بناءً على قبض الوكيل لنفسه من نفسه، والمنصوص الصحة نصٌّ عليه في رواية الأثرم ويكون الباقي في يده وديعة، وعلى عدم الصحة قدر حقه كالمقبوض على وجه السوم والباقي أمانة ذكره في التلخيص، ولو دفع إلى غريم له نقداً من غير جنس ما عليه ليصارفه عليه فيما بعد فهي أمانة محضة نصٌّ عليه مع أنها قبضت للمعاوضة، وقياس قول الأصحاب: إنها مضمونة كما قالوا في الضامن إذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء أنه مضمون لقبضه على وجه المعاوضة وأولى.

**النوع الثاني:** ما أخذ لمصلحتهما على غير وجه التملك لعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة بِجُعْلٍ والوصية كذلك، فهذا كله أمانة على المذهب، والأعيان المستأجرة والموصى بمنفعته أمانة كالرهن؛ لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق.

**تنبيه:** من الأعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق، وما له مالك غير معين.

**فالأول:** كالصيد إذا قبضه المحرم فإنه يجب تخليته وإرساله وسواء ابتدأ قبضه في الإحرام أو كان في يده ثم أحرم، وإن تلف قبل إرساله فإن كان بعد

(١) فالمقبوض بالسوم له ثلاث صور:

أ - أن يساومه ويقطع الثمن.

ب - أن يساومه ولا يقطع الثمن، ففي هاتين الحالتين يكون مضموناً.

ج - أن يقبضه بلا مساومة ولا قطع للثمن فغير مضمون.

التمكن من إرساله وجب ضمانه للتفريط، وإن كان قبله لزمه الضمان فيما ابتدأ قبضه في الإحرام دون ما كان في يده قبله لتفريطه في الأولى دون الثانية.

**والثاني:** الزكاة إذا قلنا: تجب في العين، فالمذهب: وجوب الضمان بتلفها بكل حال؛ لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامي الموجود في جميع الحَوْل فهي شبيهة بالمعاوضة، ويستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد كالديون والثمر على رؤوس الشجر لانتفاء قبضه وكمال الانتفاع به، ومن الأصحاب من خرَّج وجهاً بسقوط الضمان قبل إمكان الأداء مطلقاً<sup>(١)</sup>.



(١) ينظر الفوائد آخر الكتاب: هل تجب الزكاة في عين المال، أو في الذمة؟

## القاعدة الرابعة والأربعون

### في قبول قول الأمانة في الرد والتلف

وفيها أقسام:

**القسم الأول:** في التلف فالقول في دعوى التلف قول كل أمين؛ إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان، ولا فرق بين الوديعة وغيرها.

**القسم الثاني:** في الرد، وهو أنواع:

**الأول:** من قبض المال لمصلحة مالكه فالقول في الرد قوله؛ كالوديعة، وقبض الوصي المتبرع، مال اليتيم، وهكذا..

ونقل أبو طالب: أن الوديعة إذا ثبتت بينة، لم تقبل دعوى الرد بدون البينة، وخرّج طائفة من الأصحاب في وصي اليتيم: أنه لا يقبل قوله في الرد بدون بينة؛ لأن الإشهاد بالدفع إلى اليتيم مأمور به بنص القرآن.

**القسم الثالث:** من قبض المال لمصلحته هو فقوله في الرد غير مقبول.

كالمرتتهن فالمشهور: أن قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير، وخرّج أبو الخطاب وأبو الحسين وجهاً آخر: بقبول قوله في الرد؛ لأنه أمين في الجملة.

**القسم الرابع:** من قبض المال لمصلحة مشتركة بينه وبين رب المال

كالمضارب والشريك والوكيل بجعل الوصي كذلك، ففيه وجهان، لوجود الشائبتين.

والمذهب: أن القول قول رب المال.

**القسم الخامس:** أن يدعي الأمين الرد إلى غير من ائتمنه بإذنه فهل يقبل

قوله؟ - كما لو ادّعى المودّع دفع الوديعة إلى زيد من الناس بإذن المودّع المالك..

على وجهين: والمنصوص وهو اختيار أبي الحسن التميمي: أنه يقبل قوله، وهو المذهب.

هذا إذا ادعى الرد بإذن المالك، وإن ادعاه مع عدم إذنه فلا يقبل منه حتى ولا الأداء إلى الوارث - أي: وارث المالك - والحاكم؛ لأنهما لم يأتئنا - الوارث والحاكم - نقله في التلخيص، إلا أن يدعي الرد إلى من يده كيد المالك كوكيله أو ردّ الوديعة إلى عبده وخازنه - أي: عبد المالك وخازنه - ونحوهما ممن يحفظ ماله؛ لأن أيديهم كيده، ويتوجه في دعوى الرد إلى الحاكم والوارث بعد موت المورث القبول لقيامهما مقام المؤتمن وهو ردّ مبرئ.

**القسم السادس:** أن يدعي غير الأمين أن الأمين رد إلى المالك فلا يقبل لأنه غير مؤتمن فلا يقبل قوله، ومن المتأخرين من خرج وجهاً بالقبول؛ لأن الأصل عدم حصولها في يده.

**القسم السابع:** أن يدعي من حكمه حكم الأمانة في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد كوارث المودع ونحوه، والملتقط بعد ظهور المالك، ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً إذا ادعوا الرد إلى المالك، ففي التلخيص: لا يقبل؛ لأن المالك لم يأتئنه ويتوجه: قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف؛ لأنه مؤتمن شرعاً في هذه الحالة.

**تنبيه:** عامل الصدقة مقبول القول في دفعها إلى المستحقين ولو كذبوه بغير خلاف وإن كان وكيلاً بجعل؛ لأن الصدقة عبادة فلا استحلاف فيها، ولذلك لا يستحلف أربابها إذا ادعوا الدفع إلى العامل وأنكر.

وأما عامل الخراج فلا يقبل قوله في الدفع إلا بينة أو تصديق ذكره القاضي أيضاً، وعلل بأن الخراج دَيْنٌ فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه إلى مستحقه، وهذا التعليل منتقض بالوكيل في استيفاء دينٍ ودفعه إلى مستحقه فإن قوله مقبول في ذلك كما سبق.

والأظهر: تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل، فإن كان مُتَبَرِّعاً فالقول قوله وإن كان بِجُعْلٍ ففيه وجهان، وكذلك يخرج في عامل الوقف وناظره.

## القاعدة الخامسة والأربعون

### انفساخ عقود الأمانات بالتعدي فيها

وفيهما قسمان:

**القسم الأول:** الأمانة المحضة تبطل بالتعدي، وذلك كالوديعة إذا تعدى فيها بالاستعمال كما سيأتي.

**القسم الثاني:** الأمانة المنتظمة لأمر آخر لا تبطل بالتعدي على الصحيح، وذلك كالمرتهن إذا تعدى في العين المرهونة فاستعملها في غير ما أذن له فيه.

ويخرج على هذا مسائل:

١ - إذا تعدى في الوديعة - كما لو استعملها لغير مصلحتها - بطلت ولم يجز له الإمساك ووجب الرد على الفور؛ لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد هذا هو المشهور، ولو كانت عينين فتعدى في إحداهما فهل يصير ضامناً لهما أو لما وجد فيه التعدي خاصة؟ فيه تردد.

٢ - الوكيل إذا تعدى فالمشهور أن وكالته لا تنسخ بل تزول أمانته ويصير ضامناً؛ لأن الوكالة إذن في التصرف مع ائتمان، فإذا زال أحدهما لم يزل الآخر فعلى هذا إنما يضمن ما وقع فيه التعدي خاصة حتى لو باعه - أي: باع العين التي وكل في بيعها بعد التعدي - وقبض ثمنه لم يضمنه؛ لأنه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص.

وظاهر كلام كثير من الأصحاب: أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفاً بمجرد الإذن، وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجهاً آخر وبه جزم القاضي في خلافه: أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والإذن في التصرف كان منوطاً به.

٣ - الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما، فالمعروف من المذهب: أنه يصير ضامناً.

ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه، ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة.

٤ - الرهن إذا تعدى المرتهن فيه - كما لو استعمل العين المرهونة في غير ما أذن له شرعاً - زال ائتمانه وبقي مضموناً عليه، ولم تبطل توثيقته.

٥ - إذا استأجره لحفظ شيء مُدَّة فحفظه في بعضها، ثم ترك فهل تبطل الإجارة؟ فيه وجهان، قال ابن المشنى: أحدهما لا تبطل؛ بل يزول الاستئمان ويصير ضامناً.

٦ - الوصي إذا تعدى في التصرف - في المال الموصى عليه - فهل يبطل كونه وصياً أم لا؟ ذكر ابن عقيل في المفردات احتمالين:

أحدهما: لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامناً كالوكيل.

الثاني: تبطل؛ لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بانتفاء شرطها كالحاكم إذا فسق.



## القاعدة السادسة والأربعون

### في العقود الفاسدة هل هي منعقدة أو لا؟

تحتها أقسام:

**القسم الأول:** العقود الجائزة تزول خصائصها بالفساد، والفساد فيها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن السابق كالشركة والمضاربة والوكالة - فمثلاً في المضاربة إذا فسدت لاختلال شرط من شروط صحتها زالت خصائصها، فالربح يكون لرب المال، وللعامل أجره المثل -.

**القسم الثاني:** العقود اللازمة التي لا يخرج منها بالقول، لا يؤثر الفساد في انعقادها، فلا يُخرج منها - بلا عذر - قبل إتمامها كالإحرام فهو منعقد<sup>(١)</sup>؛ لأنه لا سبيل إلى التخلص منه إلا بإتمامه أو الإحصار عنه.

**القسم الثالث:** العقود اللازمة التي يخرج منها بالقول - إن ترتب عليها حكم مبنئ على السرية والتغليب والنفوذ - لم يؤثر الفساد في آثارها سوى الوطاء ودواعيه - فليس له الوطاء في النكاح الفاسد، وكذا وطاء الأمة في الكتابة الفاسدة - وهو النكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق<sup>(٢)</sup> والعتق، فلقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه، وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد ففي النكاح يجب المهر بالعقد حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه - في العقد الفاسد - ويستقر بالخُلوة وتعتد فيه - أي: الفاسد - من حين الفُرقة لا من حين الوطاء، وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق، وفي الكتابة - الفاسدة - تستتبع الأولاد والأكساب.

(١) فلو وطئ المحرم قبل التحلل الأول فسد إحرامه، ولزمه المضي في الإحرام الفاسد.

(٢) فيقع الطلاق في العقد الفاسد والعتق للأمة في الكتابة الفاسدة.

**القسم الرابع:** العقود اللازمة التي يخرج منها بالقول - إذا لم يترتب عليها أحكام مبنية على السّراية والنفوذ - بطلت آثارها بفسادها؛ كالبيع والإجارة فالمعروف من المذهب: أنه غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب، وخرّج أبو الخطاب في انتصاره: صحة التصرف في البيع الفاسد من النكاح. وذكر ابن عقيل وغيره وجهين في نفوذ العتق في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد.





## القاعدة السابعة والأربعون

### في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** كل عقد يوجب صحيحه الضمان للعوض، يوجب فاسده الضمان له.

**القسم الثاني:** كل عقد لا يوجب صحيحه الضمان للعوض لا يوجب فاسده الضمان له.

ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفاسد كذلك، فالباع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذا مع الفساد.

والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة الودیعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذا مع الفساد وكذلك الصدقة.

- مثال ذلك: إذا تلفت السلعة في العقد الفاسد في يد المشتري بغير تعدٍ ولا تفريط ضمنها للبائع؛ لأنه أخذها من صاحبها على أنها مضمونة بالثمن كالعقد الصحيح.

وأما العقد الذي لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده: كالوكالة فلو وكله في بيع سلعة فتلفت هذه السلعة بيد الوكيل بلا تعدٍ ولا تفريط فلا ضمان عليه؛ لأنه دخل على أنه أمين وليس ضامناً وهذا في الوكالة الصحيحة والفاصلة.

وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح ضمن في مثلها في العقد الفاسد، فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة، وإنما ضمان

العين بالمثل، والمقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه<sup>(١)</sup> على المذهب.

والإجارة الصحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع، وفي الإجارة الفاسدة روايتان: إحداهما: كذلك.

**والثانية:** لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع، ولعلها راجعة إلى أن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالانتفاع وهو الأشبه.

والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخُلوة بدون الوطء، وفي النكاح الفاسد روايتان - والمذهب: يستقر المهر بالخُلوة في النكاح الفاسد -. إذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمي فيه أو بقيمة المثل؟ فيه خلاف في مسائل:

١ - المبيع، والمعروف في المذهب: ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمّى فيه. وحكى القاضي وابن عقيل عن أبي بكر عبد العزيز: أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمّى وهو اختيار الشيخ تقي الدين، وقال: إنه قياس المذهب أخذاً له من النكاح قال: لأن إقباضه إياه إذن له في إتلافه بالعوض المسمّى.

٢ - الإجارة الفاسدة، والمعروف من المذهب: ضمانها بأجرة المثل أيضاً، ويتخرج على قول أبي بكر أنها تضمن بالأجرة المسماة والقول فيها كالقول في البيع سواء.

٣ - الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمّى، فإذا أدى ما سمي فيها حصل العتق ولم يلزمه ضمان قيمته - أي: الرقيق -.

٤ - النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمّى في الرواية المشهورة عن أحمد، وهي المذهب، وحكى عن أحمد رواية أخرى: أن الواجب مهر المثل.

(١) فمنافع المبيع بالعقد الفاسد مضمونة.

## القاعدة الثامنة والأربعون

## كل من ملك شيئاً بعوضٍ ملك عليه عوضه في آنٍ واحدٍ

وتحت هذه القاعدة أقسام:

**القسم الأول:** ملك العوض يتزامن مع ملك المعوض.

ويطّرد هذا في البيع والسلم والقرض والإجارة، فيملك المستأجر المنافع والمؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، وكذلك في النكاح في ظاهر المذهب فيملك الزوج منفعة البُضع بالعقد وتملك المرأة به الصداق كله، وكذلك الكتابة يملك العبد منافعها واكتسابه وتملك عليه النجوم بنفس العقد، وكذلك الخلع والإعتاق على مال، وكذلك المعاوضات القهرية كأخذ المضطر طعام الغير، وأخذ الشّفع الشّقص - فيملك الشّفع الشّقص من المشتري من الشريك، ويملك المشتري الثمن - ونحوهما.

**القسم الثاني:** تأجيل أحد العوضين لا يمنع المطالبة بتسليم العوض الآخر، وتحت أنواع:

١ - البيع، فمتى كان أحدهما مؤجلاً لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر، وإن كانا حالّين ففي البيع إن كان الثمن ديناً في الذمة - أي: موصوفاً في الذمة غير معين<sup>(١)</sup> - فالمذهب: وجوب إقباض البائع أولاً؛ لأن حق المشتري تعلق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة، ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده على الثمن على المنصوص؛ لأنه صار في يده أمانة فوجب رده بالمطالبة كسائر الأمانات، واختار أبو الخطاب وصاحب المغني: أن له الامتناع من إقباضه حتى يحضر الثمن؛ لأن في تسليمه بدون الثمن ضرراً بفوات الثمن عليه.

(١) كأن يقول: الثمن عشرة دراهم.

وإن كان عينا<sup>(١)</sup> فهما سواء ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتسليم، بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يقبضهما، فإن كان هناك خيار لهما أو لأحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضي في الإجازات من خلافه، ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون إذن صريح من البائع نص عليه أحمد في رواية الشالنجي.

٢ - الإجارة فالمذهب: أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها، كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع ومتى تسلم العين وجب عليه تسليم الأجرة لتمكّنه من الانتفاع بقبضها نصّ عليه أحمد.

وقال القاضي في تعليقه: إن الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا شرع في العمل؛ لأنه قد سلّم نفسه لاستيفاء المنفعة فهو كتسليم الدار المؤجرة. ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص<sup>(٢)</sup>؛ لأن منفعته تتلف تحت يد المستأجر فهو شبيه بتسليم العقار.

٣ - النكاح فتستحق المرأة فيه المهر بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه في المذهب، وعللّه الأصحاب: بأن المنفعة المعقود عليها تتلف بالاستيفاء، فإذا تعدّر استيفاء المهر عليها لم يمكنها استرجاع عوضها بخلاف المبيع.

وهذا إذا كانت الزوجة ممن يمكن الاستمتاع بها، فإن كانت لا تصلح لذلك، فقال ابن حامد وغيره: لها المطالبة به أيضاً ورجّح صاحب المغني خلافه.

وقال الشيخ تقي الدين: الأشبه عندي أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق؛ لأن النصف يستحق بإزاء الحبس وهو حاصلٌ بالعقد، والنصف الآخر بإزاء الدخول فلا تستحقه إلا بالتمكّن.

(١) كأن يقول: الثمن هذه العشرة.

(٢) وهو من قُدّر نفعه بالزمن، وذلك كالموظف من ساعة كذا إلى ساعة كذا.

أما لو استقر المهر بالدخول ثم نَشَزَت المرأة فلا نفقة لها، ولها أو  
لوليِّها أو سيدها إن كانت أُمَّةً المطالبة بالمهر ذكره أبو بكر وغيره؛ لأن وجوبه  
استقر بالتمكن فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده.



## القاعدة التاسعة والأربعون

### القبض في العقود

هذه القاعدة على قسمين :

**الأول:** إذا كان القبض من موجبات العقد ومقتضياته لم يتوقف لزومه على القبض .

كالبيع اللازم - أي: الذي لا خيار فيه - والرهن اللازم والهبة اللازمة - أي: الذي حصل فيهما القبض<sup>(١)</sup> - والصداق وعوض الخُلْع فهذه العقود تلزم من غير قبض، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها .

**القسم الثاني:** إذا كان القبض من تمام العقد لم يصح إلا بالقبض .

كالقبض في السلم فمتى تفرقا قبل قبض رأس ماله بطل، وكذا الربويات - كمبادلة ذهبٍ بفضةٍ - .

وأما الرهن فالمذهب: أنه يلزم بالقبض في حق الراهن فقط .

وأما القرض فإنه لا يلزم ولا يملك إلا بالقبض .

وفي بيع غير المعين - كما لو باعه مُدًّا من صبرة هذا البُر - أيضاً على خلاف فيه، والصواب: لزوم .

وأما الوقف ففي لزومه بدون إخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان، والمذهب: لزومه بمجرد العقد .

وأما الوصية - كما لو أوصى له بثوب من ثيابه - فهل تلزم بالقبول في المبهم؟ فيه وجهان: واختار القاضي وابن عقيل: أنها لا تلزم بدون القبض .

(١) كما لو أعطاه كتاباً ودِعةً، ثم وهبه إياه، أو جعله رهناً على قَرْضٍ أخذه منه، فالرهن والهبة لازمان اكتفاء بالقبض الأول، ولا حاجة إلى قبض آخر .

وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها ففيها طريقتان: المذهب: أنها لا تملك إلا بالقبض.

**والوجه الثاني:** أنه في المبهم لا يملك بدون القبض بخلاف المعين فإنه يملك بالعقد، وأما السهم من الغنيمة، فيملك بدون القبض إذا عيّنه الإمام بغير خلاف.

وأما العارية، فلا تملك بدون القبض إن قيل إنها هبة منفعة، وخرج القاضي فيها رواية أخرى: أنها تملك بمجرد العقد كهبة الأعيان وتلزم إذا كانت مؤقتة، وإن قيل: هي إباحة فلا يحصل الملك فيها بحال بل يستوفى على ملك المالك كطعام الضيف. وهذا هو المذهب.

قال الشيخ تقي الدين: التحقيق أن يقال في هذه العقود إذا لم يحصل القبض فلا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد فكما يقال إذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ما تم وانتهى. ولا يُستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والقبول كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة.

وأما البيع الذي يعتبر له القبض ففي كلام أبي بكر ما يدل على أنه لا ينعقد بدون القبض أيضا.

فيكون إذا عن أحمد في انتقال الملك في بيع المكيل والمؤزون بدون القبض روايتان.



## القاعدة الخمسون

### التملكات القهرية الاضطرارية يتوقف التملك فيها على دفع الثمن

وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** التملك الاضطراري، لا يتوقف الملك فيها على دفع الثمن؛ كمن اضطر إلى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه فإنه يأخذه مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أو لا؛ لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك.

**والثاني:** ما عداه من التملكيات المشروعة لإزالة ضرر ما؛ كالأخذ بالشفعة من المشتري من قبل الشريك، وأخذ الغراس والبناء من المستعير، والمستأجر إذا بنى أو غرس وانتهت الإجارة أو الإعارة، والزرع من الغاصب إذا رد الأرض وقد زرع فيها، وتقويم الشقص من العبد المشترك - إذا أعتق الشريك نصيبه - إذا قيل إنه تملك يقف على التقويم.

وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن - كما لو كان له خيار الشرط - فيتخرج ذلك كله على وجهين، فإن لأصحابنا في الأخذ بالشفعة وجهين:

**أحدهما:** لا يملك بدون دفع الثمن.

**والثاني:** يملك بدونه مضموناً في الذمة.

ونص أحمد في فسخ البائع: لا ينفذ دون رد الثمن، واختار الشيخ تقي الدين ذلك، وقد يتخرج مثله في سائر المسائل؛ لأن التسليط على انتزاع الأموال قهراً إن لم يقترب به دفع العوض وإلا حصل به ضرر وأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر.



**تنبيه:** الأملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها وتملك ما لا يملك بها.

**أما الأول:** فيحصل التملك القهري بالاستيلاء على ملك الغير الأجنبي، بخلاف الاختياري.

**وأما الثاني:** فالتملك القهري كالأخذ بالشُّفعة هل يشترط معرفته كالبيع أم لا؛ لأنه قهري كالميراث؟ قال في التلخيص: فيه تردد.

**وأما الثالث:** فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهري، وللمشتري حبس الشُّقص المشفوع على دفع الثمن، وإن قلنا: يملك بدونه، وينفذ تصرف الشُّفيع فيه قبل قبضه، وهل يثبت له فيه خيار المجلس؟ على وجهين قال في التلخيص: ويخرج التردد في الجميع نظراً إلى الجهتين.

**وأما الرابع:** فيملك الكافر العبد المسلم بالإرث - مع أنه ممنوعٌ من بيع المسلم للكافر - ويرد عليه بعيٍّ ونحوه - فيرد العبد المسلم المبيع إلى الكافر إذا كان معيباً - في أحد الوجهين، وباستيلاء المسلم أمته - أي: الكافرة فولدها تبع لها - وبالقهر.

وكذلك تملك المصاحف بهذه الأسباب - مع أنها لا تباع على المذهب -، وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر؟ على روايتين - مع أن أم الولد لا تباع على المذهب -.

وتملك بالميراث الخمر والكلب وكذا الصيد في حق المحرم على أحد الوجهين، ولا يملك ذلك كله بالاختيار.



## القاعدة الحادية والخمسون

### ما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة

الملك يتقسم إلى قسمين :

القسم الأول: في العقود، وهي نوعان :

أحدهما: عقود المعاوضات المحضة، وتحت مسائل :

١ - إذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين - كما لو باعه مُدًّا من بُرٍّ، ثم كَالَهُ البائع للمشتري - فينتقل الضمان فيها إلى من ينتقل الملك إليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة.

٢ - المبيع المبهم غير المتعين ككفيز من صَبْرَةٍ فلا ينتقل ضمانها بدون القبض، وهل يكفي كيـله وتمييزه أم لا بد من نقله؟ حكى الأصحاب فيه روايتين. استثنى بعض أصحابنا منها المتعينات في الصرف، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إلا هاء وهاء»<sup>(١)</sup> ومراده أن الشارع اعتبر له القبض فالتحق بالمبهمات.

٣ - وما عدا ذلك من الأعيان المتميزة - كما لو باعه هذا الكتاب - فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب لتمكّنه من قبضه التام بالحيازة، وقد انقطعت علق البائع منه؛ لأن عليه تسليمه والتمكين من قبضه وقد حصل.

٤ - الثمر المشتري في رؤوس شجره فالمشتري لا يتمكن من كمال قبضه في الحال بحيازته إليه - فمن ضمان البائع -.

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة (٢١٣٤)، ومسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٥٨٦).

٥ - ما لا يتأتى نقله في ساعة واحدة لكثرتة فإنه لا ينتقل إلى ضمانه المشتري إلا بعد مضي زمن يتأتى فيه نقله عادة صرح به القاضي وغيره، فالناقل للضمان هو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة.

٦ - وحكم المبهم المشتري بعد أو ذرع - كما لو اشترى هذه الثياب كل ثوب بدرهم، أو كل ذراع بدرهم فمن ضمان البائع -.

والصبرة المبتاعة كيلاً أو وزناً كالقفيز المبهم - من ضمان البائع - عند الأكثرين؛ لأن علق البائع لم تنقطع منها ولم تتميز فإن زيادتها له ونقصها عليه.

٧ - وأما المشاع فكالمتعين؛ لأن تسليمه يكون على هيئة لا يقف على إفرازه كذلك ذكره القاضي وابن عقيل.

٨ - ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد - فمن ضمان البائع - لأن؛ الغيبة مانعة من التمكن من القبض.

٩ - المبيع في مكان أو زمان يغلب فيه هلاك السلعة فهل يكون مضموناً على البائع مطلقاً أم لا؟ هذه مسألة تباع الغنيمة بعد القسمة في دار الحرب إذا غلب عليها العدو بعد ذلك، وعن أحمد في ضمانها روايتان كذا حكى الأصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده.

فأما ما يبيع في دار الإسلام في زمن نهب ونحوه فمضمون على المشتري قولاً واحداً ذكره كثير من الأصحاب كشرء من يغلب على الظن هلاكه كمريض ميؤوس منه أو مرتد أو قاتل في محاربة أو في زمن طاعون غالب<sup>(١)</sup>، ويحتمل في هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده.

١٠ - الأعيان المملوكة بعقد غير البيع كالصُّلح والنكاح والخُلع والعِتق ونحو ذلك فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الأصحاب، قال في المغني: ليس فيه اختلاف، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية: بأن الصَّدق

(١) أي: كشرء رقيق يغلب على الظن هلاكه لكونه مرتداً ونحو ذلك مما ذكر فمن ضمان المشتري.

مضمونٌ على الزوج قبل القبض مطلقاً فإنه نصٌّ فيما إذا أصدقها غلاماً ففقت عينه قبل أن يقبضه أن عليه ضمانه، وتأولها القاضي على أن الزوج فقاً عينه أو أنه امتنع من التسليم حتى فقت عينه، فيكون ضامناً بلا ريب، ويمكن أن يخرج من هذا رواية: بأن ضمان جميع الأعيان - على البائع ونحوه - لا تنتقل إلا بالقبض في البيع وغيره، وخرجها بعض الأصحاب رواية عن أحمد من نصه: على ضمان صبرة الطعام على البائع قبل القبض فمن الأصحاب من تأولها على أنها بيعت كلاً، ومنهم من أقرها رواية في المكيل والموزون وإن بيع جُزأفاً، ومنهم من خرج منها رواية في جميع الأعيان المتميزة، ومأخذ ذلك: أن علق الملك لا تنقطع عنه بدون القبض؛ لأن تسليمه واجبٌ عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد فكان مضموناً على المملك - البائع ونحوه -.

ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود: بأن المهر في النكاح ليس بعوض أصليٍّ، بل هو شبيه بالهبة، ولهذا سمّاه الله نِحْلَةً فلا ينتقل ضمانه إلى المرأة بدون القبض كالهبة والصّدقة والزّكاة.

١١ - المنافع في الإجارة فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض أو التمكين القبض، أو تسليم الأجير الخاص نفسه للمستأجر، لتمكّ - نه - المستأجر - من الانتفاع.

النوع الثاني: عقود لا معاوضة فيها، وتحتها مسائل:

١ - الهبة والصّدقة، قيل: لا يملكان بدون القبض.

وقيل: يحصل الملك بمجرد العقد - وهو المذهب - وعليه فلا ينبغي أن يكون مضموناً على المملك إذا تلف في يده من غير منع؛ لأنها عقود برّ وتبرّع فلا يقتضي الضمان وكلام الأصحاب يشهد لذلك.

٢ - الوصية تملك بدون القبض بالقبول من بعد الموت، فإن ضمانه من حين القبول على الموصى له من غير خلاف نعلمه إذا كان متمكناً من قبضه، وأما إن مات قبل القبول ففيه وجهان: أحدهما: أنه من ضمان الموصى له أيضاً، وهو ظاهر كلام أحمد؛ لأن حقه تعلّق بالعين تعلّقاً يمنع الورثة من

التصرف فيه فأشبه العبد الجاني إذا آخر المجني عليه استيفاء حقه حتى نقص أو تلف.

**الوجه الثاني:** لا يدخل في ضمانه إلا بالقبول، وهو المجزوم به في المحرر؛ لأنه إن قيل لا يملك إلا من حينه فواضح؛ لأنه لم يكن قبل ذلك على ملكه فلا يحسب نقصه عليه.

**القسم الثاني:** ما ملك بغير عقد فنوعان:

**أحدهما:** الملك القهري كالميراث، وفي ضمانه وجهان: **أحدهما:** أنه يستقر على الورثة بالموت إذا كان الملك عيناً حاضرة يتمكن من قبضها قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة دينار وأوصى لرجل بالعبد فسُرقت الدنانير بعد موت الرجل: وجب العبد للموصى له، وذهبت دنانير الورثة وهكذا ذكر الخرقى وأكثر الأصحاب.

وقال القاضي وابن عقيل: لا يدخل في ضمانهم بدون القبض؛ لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا به فأشبه الدين والغائب ونحوهما ما لم يتمكنوا من قبضه، فعلى هذا إن زادت التركة قبل القبض فالزيادة للورثة، وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم وكانت التركة ما بقي بعد النقص حتى لو تلف المال كله سوى القدر الموصى به صار هو التركة ولم يكن للموصى له سوى ثلثه. والأول أصح؛ لأن الموصى له تمكن من أخذ العين الموصى بها.

**والنوع الثاني:** ما يحصل بسبب الآدمي يترتب عليه الملك فإن كان حيازة مباح كالاحتشاش والاحتطاب والاعتنام ونحوها فلا إشكال ولا ضمان هنا على أحد سواء، ولو وكل في ذلك أو شارك فيه دخل في حكم الشركة والوكالة.

وكذلك اللقطة بعد الحول؛ لأنها في يده.

وماله من الديون في ذمة غيره، لا يتعين في المذهب المشهور إلا بالقبض، وعلى القول الآخر يتعين بالإذن في القبض فالمعتبر حكم ذلك الإذن.

## القاعدة الثانية والخمسون

### التصرف في المملوكات قبل قبضها

وهي منقسمة إلى عقود وغيرها

القسم الأول: العقود وهي نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات، وتحت مسائل:

١ - البيع فقالت طائفة من الأصحاب التصرف قبل القبض والضمان متلازمان، فإن كان المبيع مضموناً على البائع لم يجز التصرف فيه للمشتري حتى يقبضه، وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري جاز له التصرف فيه، وجعلوا العلة المانعة من التصرف توالي الضمانات. والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف؛ لأنه لا محذور فيه كما لو تباع الشئ قص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول.

وفي المذهب طريقة أخرى وهي: أنه تلازم<sup>(١)</sup> بين التصرف والضمان فيجوز التصرف، والضمان على البائع، كما في بيع الثمرة قبل جَذِّها فإنه يجوز في أصح الروايتين وهي مضمونة على البائع، ويمتنع التصرف في صبرة الطعام المشتراة جُزأً على إحدى الروايتين، وهي اختيار الخرقى مع أنها في ضمان المشتري وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب.

- فالمذهب: أن ما بيع بكيْلٍ أو وزنٍ أو وعدٍ أو ذرع، وكذا ما بيع برؤية سابقة، أو وصف، من ضمان البائع ولا يجوز للمشتري التصرف فيه حتى يقبضه، وماعداه من ضمان المشتري، ويجوز له التصرف فيه قبل قبضه كالبيع جُزأً بلا تقدير، أو برؤية حاضرة -.

(١) هكذا في المطبوع، ولعل الصواب: أنه لا تلازم.

وأما الثمر على الشجر فمن ضمان البائع.

فرع: أشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح ما لم يضمن حيث كان مضموناً على بائعه فلا يربح فيه مشتره، وكأنه حمل النهي عن الربح على النهي عن أصل البيع؛ لأنه مظنة الربح، ويتخرج له قول آخر: أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه به، فإنه منع في رواية من إجارة المنافع المستأجرة إلا بمثل الأجرة؛ لثلا يربح فيما لم يضمن.

٢ - ما عدا البيع من العقود، فقال القاضي وابن عقيل: لا يجوز رهن المبيع ولا هبته ولا إجارته قبل القبض كالبيع.

وللأصحاب وجه آخر: أنه يجوز رهنه على غير ثمنه حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً كالصبرة، وأظنه منع منه في المبهم لعدم تأتي القبض وهو معتبر فيه كما ذكر ابن عقيل فخرج من هذا وجهان للأصحاب في سائر العقود. ومن الأصحاب من قطع بجواز جعله مهراً معللاً بأن ذلك غرر يسير يغتفر في الصداق ومنهم صاحب المحرر، وهذا وجه ثالث.

٣ - فأما ثمنه فإن كان معيناً جاز التصرف فيه قبل قبضه<sup>(١)</sup>، سواء كان المبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض أو لا، وصرح به القاضي وإن كان<sup>(٢)</sup> مبهماً لم يجز إلا بعد تمييزه، وإن كان ديناً جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه<sup>(٣)</sup>.

٤ - فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الأجرة المعينة، والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوهما<sup>(٤)</sup> فحكمه حكم البيع فيما سبق. وأما التصرف في المنافع المستأجرة فإن كان بإعارة - أي: إعارة العين

(١) كما لو اشترى منه الكتاب بهذا الدرهم.

(٢) كما لو اشترى منه الكتاب بمُد من بُر.

(٣) كما لو كان الثمن موصوفاً في الذمة، بأن اشترى هذا الكتاب بعشرة ريالات فيجوز أن يعاوض عنها بُر مثلاً.

(٤) كما في صلح الإقرار: لو ادعى عليه دراهم فأقر بها المدعى عليه، ثم صالحه عنها بكتاب، فيجوز للمدعي أن يتصرف في هذا الكتاب.

المستأجرة - ونحوها فيجوز؛ لأن له استيفاء العوض بنفسه وممن يقوم مقامه، وإن كان بإجارة صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قبلها إلا للمؤجر على وجه سبق.

ويصح إيجارها بمثل الأجرة وبأزيد في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: يمنع بزيادة لدخوله في ربح ما لم يضمن، والصحيح: الجواز؛ لأن المنافع مضمونة على المستأجر في وجه، بدليل أنه لو عطّلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه فهي كالثمر في رؤوس الشجر فهو مضمون عليه بإتلافه.

**والضرب الثاني:** ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعتق والمُصالح به عن دم العمد، ونحو ذلك ففيه وجهان: أحدهما: يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب - غير أنه استثنى منه الصداق - والسامري وصاحب المغني والتلخيص.

**والوجه الثاني:** أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض، وهو الذي ذكره القاضي في خلافه.

ورجح الشيخ تقي الدين الأول، ولكن بناء على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو متنفه هنا.

وألحق صاحب التلخيص بهذا أيضاً الملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد؛ لأنه لا يخشى انتقاض سببه، وهذا مُتَّبَع على الوجه الأول الذي اختاره.

**فأما الوجه الثاني:** فإن كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة صارت العين أمانة كالوديعة فيجوز التصرف فيها قبل القبض، وإن كان عقد معاوضة فهو مضمون على الأشهر فيتوجه أن يمنع التصرف فيه؛ لأن ضمانه من آثار العقد السابق فيلتحق به ويتوجه أن لا يمنع كالعواري، والغصوب، لو حجر الحاكم على المفلس ثم عين لكل غريم عيناً من المال بحقه ملكه بمجرد



التعيين ذكره القاضي في الزكاة من المجرد فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض .

**تنبيه:** ما اشترط القبض لصحة عقده لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت الملك، وقد صرح به في المحرر في الصرف ورأس مال السلم . والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم . والعقود القهرية كالأخذ بالشُّفعة يصح التصرف فيها قبل القبض ذكره أيضاً في التلخيص .

**النوع الثاني:** عقود يثبت بها الملك من غير عوض .

- ١ - الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض .
- ٢ - الهبة التي تملك بالعقد بمجردة فيجوز التصرف فيها قبل القبض أيضاً؛ لانقال الملك للموهوب له فلا محذور في التصرف .
- ٣ - الصدقة الواجبة والتطوع، فالمذهب المنصوص: أنها لا تملك بدون القبض فلا كلام على هذا، وعلى التخريج المذكور يملكها قبل القبض فينبغي أن يكون كالهبة .

وعن أحمد: أنه يملك الزكاة بالتعيين والقبول وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض . **القسم الثاني:** الملك بغير عقد كال ميراث والغنيمة والاستحقاق من أموال الوقف أو الفئء للمتناولين منه كالمرتزقة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له، فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلافٍ أيضاً؛ لأن حقهم مستقرٌ فيه ولا علاقة لأحد معهم، وأمّا قبل ثبوت الملك فله حالتان:

**إحدهما:** أن لا يوجد سببه، فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت مورثه، والغانم قبل انقضاء الحرب، ومن لا رسم له في ديون العطاء في الرزق .

**الثانية:** بعد وجود السبب وقبل الاستقرار كتصرف الغانم قبل القسمة على قولنا إنهم يملكون الغنيمة بالحيازة، وهو المذهب الصحيح، والمرتزقة

قبل حلول العطاء ونحوهم فقال ابن أبي موسى: لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولاً واحداً، وإن باعه بعروض جاز في إحدى الروايتين إذا قبض العروض قبل أن يتفرقا، ومنع منه في الأخرى، ولا يجوز بيع المغنم قبل أن تقسم ولا الصدقات قبل أن تقبض انتهى.

فهذه أربع مسائل:

**إحداها:** بيع العطاء قبل قبضه وهو رزق بيت المال، وقد نصَّ أحمد على كراهته في رواية أبي طالب وابن منصور وبكر بن محمد، وقال: هو شيء مغيب لا يدري أيصل إليه أم لا؟

وعن أحمد رواية ثانية بالجواز، قال القاضي وابن عقيل: هذه الرواية فيما إذا بيع بعد حلول العطاء؛ لأنه وقت الاستحقاق فهو حينئذٍ دينٌ ثابتٌ فيجوز بيعه، وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه قبل استحقاق قبضه، فأما إذا استحق فهو داخلٌ في بيع الصك.

**المسألة الثانية:** بيع الصك قبل قبضه، وهي الديون الثابتة على الناس وتسمى صكاً؛ لأنها تكتب في صكك وهو ما يكتب فيه من الرق ونحوه فيباع ما في الصك فإن كان الدين نقداً وبيع بنقد لم يجز بلا خلاف؛ لأنه صرف بنسيئة وإن بيع بعرض وقبضه في المجلس ففيه روايتان:

**إحدهما:** لا يجوز قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصك: هو غَرَرٌ.

**والثانية:** الجواز نصَّ عليها.

**المسألة الثالثة:** بيع المغنم قبل أن تقسم ونصَّ أحمد على كراهته في رواية حرب وغيره، وعَلَّله في رواية صالح وابن منصور: بأنه لا يدري ما يصيبه بمعنى أنه مجهول القدر والعين، وأما الإمام فإذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه فله ذلك.

**المسألة الرابعة:** بيع الصدقات قبل أن تقبض، ومأخذه: أن الصدقة لا تملك بدون القبض.

فأما على القول بملكها بمجرد القبول إذا تعينت من غير قبض فقد مر نصُّ أحمد بجواز التوكيل فيها، وهو نوع تصرف بقياسه سائر التصرفات، وتكون حينئذٍ كالهبة المملوكة بالعقد.

ونقل عنه حبيش بن سندي في رجل دفع إلى رجل دراهم، فقال له: تصدق بهذه الدراهم ثم إن الدافع جاء فقال: ردَّ إليَّ الدراهم، ما يصنع المدفوع يردها عليه؟ قال: لا يردها عليه يمضيها فيما أمره به، ونقل جعفر بن محمد معناه، وحمل القاضي ذلك على الاستحباب.

وقال ابن عقيل: لا أعلم للاستحباب وجهاً وهو كما قال، وإنما يخرج على أن الصدقة تتعين بالتعيين كما يقول في الهدى والأضحية أنه يتعين بالقول بلا خلاف، وفي تعيينه بالنية وجهان فإذا قال: هذه صدقةٌ تعينت وصارت في حكم المنذورة.



### القاعدة الثالثة والخمسون

## التصرف في عين تعلق بها حق لله تعالى أو لأدمي معين

وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** إذا تعلق بالعين حقٌ مستقرٌّ بمطالبة من له الحق لم ينفذ التصرف فيها.

ويتخرج على هذا مسائل كثيرة:

١ - التصرف في المرهون ببيع أو غيره - كالوقف والهبة مما فيه نقل الملكية - لا يصح؛ لأن المرتهن أخذ بحقه في الرهن من التوثق والحبس وقبضه وحكم له به، إلا العتق فإنه ينفذ عتق المرهون لقوته وسرايته<sup>(١)</sup> كما نفذ حج المرأة والعبد بدون إذن السيد، والزوج حتى إنهما لا يملكان تحليلهما على إحدى الروايتين كقوة الإحرام ولزومه، ولهذا ينعقد مع فسادهِ ويلزم إتمامه.

٢ - الشَّفيعُ إذا طالب بالشُّفعة لا يصح تصرف المشتري بعد طلبه؛ لأن حَقَّهُ تقرر وثبت.

٣ - إذا حلَّ الدين على الغريم وأراد السفر فإن منعه غريمه من ذلك لم يجز له السفر، وإن فعله كان عاصياً به؛ لأنه حبسه، وله ولاية حبسه لاستيفاء حقه كالمرتهن في الرهن وإن لم يمنعه فهل له الإقدام على السفر؟ ذكر ابن عقيل فيه وجهين:

أحدهما: يجوز؛ لأن الحبس عقوبة لا يتوجه بدون الطلب والإلزام.

والثاني: لا؛ لأنه يمنع بسفره حقاً واجباً عليه لثبوت الحبس في حقه،

بل لما يلزم في سفره من تأخير الحق الواجب عليه.

(١) فإذا أعتق بعض رقيقه سرى إلى باقيه.

٤ - المفلس - من حَجَرَ عليه القاضي - إذا طلب البائع منه سلعته التي يرجع بها - إذ من وجد سلعته عند رجل أفلس فهو أحق بها - قبل الحجر لم ينفذ تصرفه نصّ عليه .

ونقل عنه إسماعيل كلاماً يدل: على أن مطالبة البائع تثبت إمّا بتفليس الحاكم أو باشتهار فلسه بين الناس .

٥ - لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل فبادر فباعه أو رهنه هل يصح؟ والأظهر: أنه لا يصح البيع بعد الطلب لوجوب الدفع، بل لو قيل: لا يصح بيعه مطلقاً مع علمه باضطراره لم يبعد؛ لأن بذله له واجب بالثمن ابتداء لإحياء النفس، ولهذا كان إطعامه فرضاً على الكفاية فإذا نقله إلى غيره تعلق الحق بذلك الغير ووجب البدل عليه .

**القسم الثاني:** إذا تعلّق بالعين حقٌ غير مستقر جاز التصرف فيها .

ويندرج تحته مسائل متعددة:

١ - بيع نصاب الزكاة بعد الحَوْل فإنه يصح نصّ عليه .

٢ - بيع العبد الجاني يصح في قول أكثر الأصحاب، وسواء طالب المجني عليه بحقه أم لا؛ لأن حقه ليس في ملك العبد .

٣ - من ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده وقلنا: حقه ثابت فيه بالقيمة فباعه المغتنم قبل أخذ سيده صحّ ويملك السيد انتزاعه من الثاني، وكذلك لو رهنه صحّ ويملك السيد انتزاعه من المرتهن ذكره أبو الخطاب في الانتصار ولم يفرق بين أن يطالب بأخذه أو لا، والأظهر: أن المطالبة تمنع التصرف كمطالبة الشّفيع .

٤ - تصرف الورثة في التركة المتعلقة بها حق الغرماء، وفي صحته وجهان: أحدهما: الصحة، وعلى المنع ينفذ عتق الورثة للرقيق كالرهن، واختار ابن عقيل: أنه لا ينفذ إلا مع يسارهم؛ لأن تصرفهم تبع لتصرف المورث في مرضه<sup>(١)</sup> .

(١) ينظر: الفوائد، المسألة [الثانية عشر] .

٥ - تصرف الزوجة في نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا لم يدخل في ملك الزوج قهراً، قال صاحب الترغيب: يحتمل وجهين.

٦ - تصرف من وهبه المريض ماله كله في مرضه قبل موته<sup>(١)</sup>، فيجوز وينفذ حتى لو كان أمة كان له وطؤها، ذكره القاضي وحده في خلافه، واستبعده الشيخ تقي الدين؛ لأنه يتوقف على إجازة الورثة فكيف يجوز قبلها.

٧ - تصرف المشتري في مُدَّة الخيار له وللبائع، فالمنصوص عن أحمد: أنه موقوف على إمضاء البيع.

٨ - وطرد هذا في كل من تصرف في ملكه وقد تعلق به حق غيره لا يبطل من أصله كتصرف المريض مرض الموت فيما زاد على ثلث ماله فإنه يقف على إمضاء الورثة، وعق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه بالعتق.



(١) إذ المريض مرض الموت ليس له من ماله تبرعاً إلا الثلث.

### القاعدة الرابعة والخمسون

**إذا ثبت في عين حق لأحد لم يجز لغيره التصرف بما يسقط  
هذا الحق قبل استئذانه**

هذا على ثلاثة أقسام:

**أحدها:** أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه .

فلا يجوز إسقاط حقه ولو ضمنه بالبدل كعتق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المذهب المشهور، فإنه لا يجوز، مع أن عتقه يوجب ضمان قيمته يكون رهناً؛ لأن فيه إسقاطاً لحقه القائم في العين بغير رضاه، وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاء محرماً - وذلك بأن يطاء الراهن الأمة المرهونة، فتلد ما تبين به خلق إنسان، فتكون أم ولد، وأمّ الولد لا يصح رهنها إذ لا تباع - ولأجله منعنا أصل الوطاء، وكذلك ينبغي أن يكون عتق المفلس المحجور عليه إذا نفذناه؛ لأن غرماء قد قطعوا تصرفه فيه بالحجر وتملكوا المال، وقد ذكره ابن عقيل أيضاً في تبذيره قبل الحجر .

وأما اقتصاص الراهن من أخذ عبيده المرهونين إذا قتله الآخر، أو من قاتله، فإنه يجب على الراهن قيمته تكون رهناً .

**والقسم الثاني:** أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماءً .

فلا يجوز أيضاً، ومنه خيار البائع المشترط في العقد لا يجوز للمشتري إسقاطه بالتصرف في المبيع، وإن قلنا: إن الملك له فإن اشتراطه الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ .

**والقسم الثالث:** أن يثبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به .

ففيه خلاف، والصحيح أنه لا يجوز أيضاً، ولهذا لا يجوز إسقاط خياره

الثابت في المجلس بالعتق - كما لو كان المتبايعان في مجلس العقد، وأعتق المشتري العبد المباع - ولا غيره كما لو اشترطه.

ويندرج في صور الخلاف مسائل:

١ - مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر، فلا يجوز.

٢ - تصرف المشتري في الشقص المشفوع بالوقف قبل الطلب، صرح القاضي بجوازه، وظاهر كلامه في مسألة التحيُّل على إسقاط الشفعة تحريمه، وهو الأظهر.

٣ - وطء العبد زوجته الأمة إذا عتقت ولم تعلم بالعتق ليسقط اختيارها للفسخ.

٤ - تصرف الزوجة في نصف الصداق إذا طلق الزوج قبل الدخول، وقلنا لم يملكه فإنه لا يجوز صرح به في المحرر.

٥ - تصرف أحد المتبايعين فيما بيده من العوض - أي: تصرف المشتري بالسلعة، والبائع بالثمن - إذا استحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خلف في صفة فيجوز، ذكره القاضي في خلافه؛ لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من رد ما بيده فإذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي بدله إن كان باقياً وإلا رجع ببذله، وقياس هذا أن للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار، وهو ظاهر كلام أحمد.





### القاعدة الخامسة والخمسون

**من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً أو تملكاً؟ وهل ينفذ تصرفه أو لا؟**

المذهب المشهور: أنه لا يكون تملكاً، ولا ينفذ وفي بعض صورها خلاف، ومن صور المسألة البائع بشرط الخيار إذا تصرف في المبيع لم يكن تصرفه فسخاً ولم ينفذ نص عليه - فالمذهب: أن البائع سواء كان الخيار لهما، أو له وحده ليس تصرفه فسخاً لبيع؛ لأن الملك انتقل عنه، وتصرف مشتر في مبيع شرط له الخيار بوقف أو بيع أو هبة أو لمس لأمة مبتاعة لشهوة ونحوه؛ كقبيلها وسؤمه؛ أي: المشتري للمبيع، بأن عرضه للبيع إمضاء للبيع وإسقاط لخياره؛ لأنه دليل الرضا بالبيع -.

واختلف الأصحاب في المسألة - على أقوال -:

**أحدها:** لا يكون فسخاً وإنما يفسخ بالقول وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلافه وصاحب المحرر وهي أصح.

والرواية الثانية: أنها فسخ، ورجحها صاحب المغني.

وأما نفوذ التصرف فهو ممنوع، صرح به الأكثرون من الأصحاب؛ لأنه لم يتقدمه ملك اللهم، إلا أن يتقدمه سبب يوجب الانفساخ كالسوم ونحوه.

ويتخرج على هذا مسائل:

١ - إذا باع أمةً بعبد ثم وجد بالعبد عيباً فله الفسخ واسترجاع الأمة، وكذلك سائر السلع المعيبة إذا علم بها بعد العقد وليس له التصرف في عوضه الذي أداه؛ لأن ملك الآخر عليه تام مستقر فلو أقدم وأعتق الأمة أو وطئها لم يكن ذلك فسخاً ولم ينفذ عتقه.

٢ - لو باع أمةً ثم أفلس المشتري قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها

فللبائع استرجاعها بالقول بدون إذن الحاكم على أصح الوجهين، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداء لم ينفذ ولم يكن استرجاعاً، وكذلك الوطء ذكره القاضي في الخلاف لتمام ملك المفلس.

وفي المجرد والفصول: أن الوطء استرجاع وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه. ويمكن تخريج هذا الخلاف في سائر التصرفات؛ لأن ملك المفلس غير تام بدليل منعه من التصرف في ماله لحق البائع.

٣ - تصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل التملك هل يكون تملكًا ويقوم ذلك مقام قوله تملكته، أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك، أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك به؟ يمكن تخريجه على الخلاف في المسألة قبلها، ولا سيما بعد المطالبة؛ لأن حقه استقر وثبت وانقطع تصرف المشتري.

٤ - لو وهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد، ثم تصرف الأب فيه بعد القبض هل يكون تصرفه رجوعاً؟ المنصوص: أنه ليس رجوعاً.

٥ - لو تصرف الوالد في مال ولده الذي يباح له تملكه<sup>(١)</sup> قبل التملك لم ينفذ، ولم يكن تملكًا على المعروف من المذهب وأن تملكه لا يحصل بدون القبض الذي يراد التملك به.

وخرج أبو حفص البرمكي روايةً أخرى: بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض.

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال: بيع الأب وشراؤه على ابنه جائز؛ لقول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»<sup>(٢)</sup>، وظاهر هذه الرواية: جواز الإقدام على التصرف في ماله ونفوذه وحصول التملك به.

(١) وهو كل ما لا تتعلق به حاجة الولد ولا ضرورته.

(٢) رواه أحمد في مسنده رقم (٦٥٦٠)، وابن ماجه في سننه رقم (٢٢٩١)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه، وصححه الألباني في صحيح الجامع، وله روايات أخرى يعتضد بها.

وأما تصرف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض فإن أحبلها صارت أم ولد له، وإن لم يحبلها، فإن قلنا: لا يملك الأب مال ولده إلا بالقبض - وهو المذهب - لم يملكها حتى يقبضها، وإن قلنا: يملك بمجرد التصرف صارت ملكاً له بالوطء بمجرد.

٦ - تصرف السيد في مال عبده الذي ملكه إياه وقلنا يملكه، ظاهر كلام أحمد: أنه ينفذ ويكون استرجاعاً لتضمنه إياه، وذكر القاضي أنه يحتمل حمله على أنه سبق رجوعه - قبل - التصرف لينفذ.

٧ - تصرف الموصى له في الوصية بعد الموت هل يقوم مقام القبول؟ الأظهر: قيامه مقامه؛ لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يمكن إبطاله.

٨ - العقود التي يملك موجبها الرجوع فيها قبل القبول، فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول؟ فيه تردد يلتفت إلى انعقاد العقود بالمعاطاة، ومن ذلك:

١ - الوكالة فيصح قبولها بالفعل صرح به الأصحاب؛ لأنها إذن مجرد وأمر بالتصرف فيصح امتثاله بالفعل.

٢ - العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساواة، ظاهر كلام التلخيص: أو صريحه: أنها كالوكالة.

٣ - وحكى القاضي في الأحكام السلطانية في صحة قبول القاضي القضاء بشروعه في النظر احتمالين وجعل مأخذهما هل يجري الفعل مجرى النطق لدلالته عليه، ويحسن بناؤهما على أن ولاية القضاء عقد جائز أو لازم؟.

٤ - المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها بالوطء على روايتين والمذهب: أن الرجعة تحصل بالوطء، وعن الإمام أحمد رحمته الله: لا تحصل إلا بالوطء مع النية، وهي اختيار شيخ الإسلام.



## القاعدة السادسة والخمسون

### مقارنة الشرط للعقد أو الحكم

وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** مقارنة شرط العقد للعقد يكتفى بها لصحته.

١ - إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها بأن قال أعتقتك وجعلت عتقك صداقك فالمذهب: الصحة اكتفاء باقتران شرط النكاح وهو الحرية به كما دلّت عليه السُّنة الصحيحة.

٢ - لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صحّ نصّ عليه، وقال القاضي: لا يصح لانقضاء سبق الملك للرهن، ولا تكفي المقارنة.

٣ - لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة - بأن قال كاتبك وبعثك هذا البيت بمائة ألف - ففيه وجهان، والأكثر: على الصحة.

٤ - لو ادّعى أنه وكيل لزيد وأن لزيد على فلان ألفاً وأقام البيّنة بالوكالة والدّين في حالة واحدة فهل يشترط تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين؟ قال القاضي في خلافه: يحتمل وجهين، والأشبه اعتبار تقدم الوكالة؛ لأنه ما لم تثبت وكالته لا يجب الدفع إليه واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها فإنه تصح شهادتهما بالبيع والملك في حالة واحدة.

٥ - لو قال إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك في طلاقها، ففي التلخيص: قياس المذهب صحته.

٦ - لو وجدت الكفاءة في النكاح حال العقد بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح له قبلت له هذا النكاح وأعتقته، فقال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب صحته.

**القسم الثاني:** مقارنة شروط الحكم للحكم يكتفى بها لثبوته.

١ - صحة الوصية لمن ثبتت أهلية ملكه بالموت كأم الولد ومُدبَّره فإنهما يعتقان بالموت فيكونان أهلاً للتملك<sup>(١)</sup>، هذا إذا قلنا إن الوصية تملك بالموت من غير قبول، وإن قلنا: تتوقف على القبول وهو المشهور، فإن القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق فيصح القبول حينئذٍ.

٢ - إذا وجدت الحرية مع موت المورث كما لو قال لعبده: إن مات أبوك فأنت حرٌّ وكان أبوه حرّاً فمات، أو دبر ابن عمه ثم مات - لأن المدبَّر يعتق بالموت فيكون حرّاً - قال الشيخ تقي الدين: ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم هل يكفي بها أم يشترط تقدمها؟ فإن قلنا: تكفي المقارنة ورث؛ لأنه صار حرّاً ومالكاً في زمن واحد. انتهى.

ولا يقال هذا يفضي إلى اقتران العلة ومعلولها وهو عندكم باطل؛ لأننا نقول علة الإرث وسببه هو النسب وهو سابق على الموت وإنما الحرية شرط له.

٣ - عدة أم الولد إذا توفى سيدها، هل هي عدة حرة أو أمة؟ وأكثر الروايات عن أحمد: أنها تعتد عدة أمة، وقال: لو اعتدت عدة حرة لورثت، وقال مرة: تعتد عدة حرة اكتفاء بالحرية المقارنة لوجوب العدة ولا يلزم التوريث؛ لأن سببه منتف بالكلية وهو النكاح والنسب والولاء.



(١) كما لو كانت الوصية بمعين كهذه السيارة، أما لو كانت بمشاع كمثلته فتصح حتى للريق القن.

## القاعدة السابعة والخمسون

### مقارنة الحكم للمانع، أو المنع منه تمنع ثبوته

- الفرق بين المانع من الشيء، والمنع منه: أن المنع في ابتداء الشيء، وأصله، وأما المانع فإنه يكون طارئاً على الشيء -، وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** اقتران الحكم والمنع منه تمنع ثبوته، ومن ذلك:

١ - لو قال الزوج لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك، أو قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين متعاقبين فإنها تطلق بالأول وتنقضي العدة بالثاني - إذ العدة تنقضي بوضع الحمل - ولا تطلق به كما لا تطلق في قوله مع انقضاء عدتك، هذا المذهب المشهور.

٢ - لو قال أنت طالق بعد موتي لم تطلق بغير خلاف نعلمه، ولو قال مع موتي أو موتك لم تطلق نصّ عليه في رواية مهنا؛ لأن الموت سبب البينونة فلا يجامعها الطلاق، ولعلّ المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه بخلاف إيقاعه مع البينونة في الحياة فإنه يفيد التحريم أو نقص العدد.

٣ - لو قال زوج الأمة لها: إن ملكتك فأنت طالق ثم ملكها لم تطلق، قال الأصحاب: وجهاً واحداً، ولا يصح لأن ابن حامد يلزمه القول ههنا بالوقوع - الطلاق - لا اقترانه بالانفساخ.

٤ - لو أعتق الزوجان معاً، وقلنا لا خيار للمعتقة تحت الحر - وهو المذهب - فهل يثبت لها الخيار ههنا؟ على روايتين منصوصتين عن أحمد وقد اقترن هنا المقتضي وهو حريتها والمانع وهو حرите فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه، فإن قيل يشكل على ما ذكرتموه مسألتان منصوصتان عن الإمام أحمد:

**إحدهما:** إذا قال لعبده إن بعتك فأنت حُرٌّ، ثم باعه فإنه يعتق على البائع من ماله نصّ عليه أحمد في رواية جماعة ولم ينقل عنه في ذلك خلاف فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المنع منه وهو انتقال الملك وهذا يلزم منه صحة قول ابن حامد.

**المسألة الثانية:** إذا مات الذمي وله أطفال صغار حكم بإسلام الولد وورث منه نصّ عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك حتى إن من الأصحاب من أنكر القول بعدم توريثه، وقال: هو خلاف الإجماع ويلزم من توريثه إثبات الحكم المقترن بمانعه، وهذا لا محيد عنه.

**والجواب:** أما على قول ابن حامد فهذا متجه لا بعد فيه، وأما على قول بقية الأصحاب فقد اختلفوا في تخريج كلام الإمام أحمد في مسألة العتق على طرق:

**الطريق الأول:** أن عتقه على البائع لثبوت الخيار له فلم تنقطع علقه عن المبيع بعد، وهي طريقة القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب.

**والطريق الثاني:** أنه يعتق على البائع في حالة انتقال الملك إلى المشتري... وينفذ العتق لقوته وسرّايته دون انتقال الملك وهي طريقة أبي الخطاب.

**والطريق الثالث:** أن يعتق بعد انعقاد البيع وصحته وانتقال الملك إلى المشتري، ثم يفسخ البيع بالعتق على البائع وصرّح بذلك القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر، وهو ظاهر كلام أحمد وتشبيهه بالوصية.

وسلك الشيخ تقي الدين طريقة أخرى، فقال: إن كان المعلق للعتق قصده اليمين دون التبرر بعتقه أجزأه كفارة يمين، وإن قصد به التقرب صار عتقه مستحقاً كالنذر.

**القسم الثاني:** اقتران الحكم والمانع منه تمنع ثبوته:

١ - توريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت أحد أبويه الكافرين منه<sup>(١)</sup>،

(١) كما لو استلحقه كافر فقط في بلاد الإسلام، فإنه يلحق به في النسب دون الدين.

وقد نصَّ عليه أحمد وخرجه صاحب المغني على أن المانع لم يتقدم الحكم بالإرث، وإنما قارنه وهذا يرجع إلى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع له؛ لأن الإسلام سبب المنع، والحكم بالتوريث سابق على المنع لاقتترانه بسببه.

٢ - إذا قتلت أم الولد سيدها فإنه يلزمها أقل الأمرين من قيمتها أو الدية نصَّ عليه.

٣ - إذا تزوج العادم للطَّوْل الخائف لِلْعَنَت - في عقد - حرةً وأمةً فهل يصح نكاح الأمة مع الحرة؟ على وجهين.

٤ - إذا قال المتزوج بأمة أبيه: إذا مات أبي فأنت طالق ثم مات الأب فهل يقع الطلاق؟ على وجهين:

أحدهما: يقع؛ لأن الموت يترتب عليه وقوع الطلاق والملك سبب انفساخ النكاح فقد سبق نفوذ الطلاق الفسخ فنفذ.

والثاني: لا يقع؛ لأن الطلاق قارن المانع وهو الملك فلم ينفذ.

٥ - إذا تزوج أمةً ثم قال لها: إن اشتريتك فأنت طالق، وفيه الوجهان إن قلنا: ينتقل الملك مع الخيار وهو الصحيح، وإن قلنا: لا ينتقل وقع الطلاق وجهاً واحداً.

٦ - إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها: إن كلمتك فأنت طالق ثم أعاده فإنها تطلق بالإعادة؛ لأنه كلام في المشهور عند الأصحاب.

وقال ابن عقيل في عُمد الأدلة: قياس المذهب عندي: أنه لا يحث بهذا الكلام؛ لأنه من جنس اليمين الأولى ومؤكدها، وإنما المقصود أذاها وهجرها وإضرارها بترك كلامها.

٧ - إذا قال لامرأته وإحداهما غير مدخول بها: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم قاله ثانياً فإنهما تطلقان طلقة - لكل منهما - على المذهب المشهور وانعقدت اليمين مرة ثانية في حق المدخول بها.

وأما في حق التي لم يدخل بها ففي انعقادها وجهان:



إحدهما: أنها تنعقد لأن اليمين سبقت البينونة ووجدت مع شرط الطلاق لا مع وقوع الطلاق.

والثاني: لا تنعقد وهو اختيار صاحب المغني، ووجهه: أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق لكن انعقادها مقارن لوقوع الطلاق فلم ينعقد لاقتترانه بما يمنعه.

٨ - إذا اشترى مريض أباه بثمان لا يملك غيره وهو تسعة دنانير وقيمة الأب ستة فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض محاباة البائع بثلاث المال وعق الأب إذا قلنا إن عتقه من الثلث، وفيه وجهان:

أحدهما: يتحصان؛ لأن ملك المريض لأبيه<sup>(١)</sup> مقارن لملك البائع<sup>(٢)</sup> لثمنه وفي كل منهما عطية منجزة فتحصا لتقارنهما.

والثاني: أنه تنفذ المحاباة ولا يعتق الأب وهو؛ لأن المحاباة سابقة لعق الأب فإن ملك البائع الثمن الذي وقعت المحاباة فيه وقع مقارناً لملك الأب، وعتقه يترتب على ملكه ولم يقارنه فقد قارنت المحاباة شرط عتق الأب - وهو الملك - لا عتقه.

٩ - لو أصدقها مائة درهم، ثم طلقها - خالعها - قبل الدخول على خمسين من المهر، فهل يستحق جميع المهر أو ثلاثة أرباعه؟ على وجهين:

أحدهما: يستحقه كله؛ لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين ورجع إليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي.

والثاني: يستحق ثلاثة أرباعه؛ لأن الطلاق ينتصف به المهر ويصير مشاعاً بين الزوجين فلا يستحق من الخمسين المخالغ بها إلا نصفها، ويرجع إليه بالطلاق النصف.

ومن نصر الوجه الأول قال: تنصف المهر يترتب على الخلع لا يقارنه

(١) إذ سيعتق الأب بملك ابنه له.

(٢) في المطبوع (المشتري)، ولعل الصواب المثبت.

فقد ملك الخمسين كلها قبل التنصيف، لكن ملكه لها قارن سبب التنصف وهو  
البيونة فهذا مأخذ الوجهين.

١٠ - إذا تزوج في مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففي المحاباة  
روايتان:

إحدهما: أنها موقوفة على إجازة الورثة؛ لأنها عطية الوارث.

والثانية: تنفذ من الثلث، ويحتمل أن يكون مأخذه أن الإرث المقارن  
للعطية لا يمنع نفوذها، ويحتمل أن يقال: إن الزوجة ملكتها في حال ملك  
الزوج للبضع وثبوت الإرث مترتب على ذلك.



## القاعدة الثامنة والخمسون

## الإقلاع عن الفعل الممنوع منه

من تعلق به الامتناع من فعل هو مُتلبس به فبادر إلى الإقلاع عنه، هل يكون إقلاعه فعلاً للممنوع منه أو تركاً له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه؟ هذا عدة أنواع:

**أحدها:** أن يتعلق به حكم الامتناع... وهو متلبس به، فلا يكون نزعه فعلاً للممنوع منه.

فمن ذلك:

١ - إذا حلف لا يلبس ثوباً وهو لابس، أو لا يركب دابة وهو راكبها، وقلنا إن الاستدامة كالابتداء في جميع هذه الأفعال فخلع الثوب ونزل عن الدابة في أول أوقات الإمكان، فإنه لا يحث؛ لأن اليمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال فيتعلق الحكم بأول أوقات الإمكان.

٢ - إذا أحرم وعليه قميص فإنه ينزعه في الحال ولا فدية عليه؛ لأن محظورات الإحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل.

٣ - إذا فعل فعلاً محرماً جاهلاً أو ناسياً، ثم ذكر فإنه يجب عليه قطعه في الحال ولا يترتب عليه أحكام المتعمد له.

**النوع الثاني:** أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين لا يشعر بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقلع عنه في الحال.

فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

**أحدهما:** أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهي عنه بل يكون إقلاعه تركاً للفعل؛ لأن ابتداءه كان مباحاً حيث وقع قبل وقت التحريم، وهو اختيار أبي حفص العكبري.

**والثاني:** أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه لإقدامه على الفعل مع علمه بتحريمه في وقته لا سيما مع قرب الوقت، وهذا ظاهر المذهب.

من صور المسألة:

١ - ما إذا جامع في ليل رمضان فأدركه الفجر وهو مجامعٌ فنزع في الحال، فالمذهب: أنه يفطر بذلك وفي الكفارة روايتان - والمذهب: تجب عليه -، واختار الشيخ تقي الدين: أنه لا يفطر بالنزع في هذه الحالة، ولا بالأكل ولا بغيره بناء على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الإمساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر.

٢ - إذا وطئ امرأته فحاضت في أثناء الوطء فنزع هل يلزمه الكفارة؟ المذهب: وجوبها.

**النوع الثالث:** أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه متى شرع فيه ترتب عليه تحريمه وهو متلبسٌ به، فهل يباح له الإقدام على ذلك الفعل؛ لأن التحريم لم يثبت حينئذٍ أم لا يباح؛ لأنه يعلم أن إتمامه يقع حراماً فيه؟ لأصحابنا قولان.

ومثال ذلك: أن يقول لزوجته: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً، أو فأنت علي كظهر أمي، ومثل أن يعلم أنه متى أولج في هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو مولج.

فحكى الأصحاب في مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوهما على أن النزع هل هو جماع أو ليس بجماع؟ ورجح صاحب المغني التحريم في مسألة الطلاق والظهار على كلا القولين؛ لأنه استمتاع بأجنبية وهو حرام - وهو المذهب، ويؤمر بالطلاق -.

**النوع الرابع:** أن يتعمد الشروع في فعل محرم عالمًا بتحريمه ثم يريد تركه والخروج منه فيشرع في التخلص منه بمباشرته أيضاً؛ كمن توسط داراً مغصوبة ثم تاب وندم وأخذ في الخروج منها، أو طيب المحرم بدنه عامداً ثم تاب، وشرع في غسله بيده قصداً لإزالته، وما أشبه ذلك.

والكلام ههنا في مقامين:

أحدهما: هل تصح التوبة في هذا الحال فيه لأصحابنا وجهان: أحدهما: وهو قول ابن عقيل: أن توبته صحيحة ويزول عنه الإثم بمجردهما، ويكون تخلصه من الفعل طاعة وإن كان ملابساً له؛ لأنه مأمور به فلا يكون معصية ولا يقال من شرط التوبة الإقلاع ولم يوجد لأن؛ هذا هو الإقلاع بعينه.

والوجه الثاني وهو قول أبي الخطاب: إن حركات الغاصب ونحوه في خروجه ليست طاعة ولا مأموراً بها، بل هي معصية، ولكنه يفعلها لدفع أكبر المعصيتين بأقلهما، وأبو الخطاب وإن قال ليست طاعة هو يقول لا إثم فيها بل يقول بوجوبها وهو معنى الطاعة.

والمقام الثاني في الأحكام المترتبة على هذا الأصل وهي كثيرة، منها:

١ - غسل الطيب بيده للمحرم يجوز؛ لأنه ترك للتطيب لا فعل له.

٢ - إذا تعمد المأموم سبق إمامه في ركوع أو سجود، وقلنا لا تبطل صلاته بمجرد تعمد السبق، فهل يجب عليه العود إلى متابعتة الإمام أم لا؟ أطلق كثير من الأصحاب وجوب العود من غير تفريق بين العائد وغيره، وفرّق صاحب المحرر بين العائد وغيره وقال: متى عاد العائد بطلت صلاته؛ لأنه قد تعمد زيادة ركن كامل عمداً، وإنما يعود السّاهي والجاهل.



## القاعدة التاسعة والخمسون

**العقود لا تُردّ إلا على موجود بالفعل أو بالقوة،  
وأما الفسوخ فتردّ على المعدوم حكماً**

- الموجود بالفعل: ما كان متحقق الوجود حين إبرام العقد؛ كالعقد على هذا الكتاب.

والموجود بالقوة: ما كان معدوماً لكنه موصوف في الذمة حين العقد، لكنه متحقق الوجود غالباً عند الوفاء؛ كعقد السلم، أسلم مائة ريال على أن يعطيه من البرّ صفته كذا وكذا.

الفسخ الحكمي: إلغاء العقد وإبطال أثره دون اختيار من له حق الفسخ. مثال الفسخ الحكمي في المعدوم: إذا تلفت الثمرة على الشجر بأفة سماوية، فالعقد يفسخ حكماً؛ لحديث جابر رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم تأخذ مال أخيك»<sup>(١)</sup>.

مثال الفسخ الحكمي في الموجود: إذا ملك الزوج زوجته الأمة فإن النكاح يفسخ حكماً؛ لأن ملك اليمين أقوى من النكاح.

والفسخ الاختياري: إلغاء العقد وإبطال أثره ممن له حق الفسخ.

مثال: الفسخ الاختياري في المعدوم: إذا تلفت الثمرة المباعة على الشجر بفعل أجنبي - غير البائع والمشتري - فإنه يخير المشتري بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن، وبين إمضاء العقد والرجوع على المتلف بالقيمة. مثال: الفسخ الاختياري في الموجود: من اشترى بيتاً فوجده معيباً فله ردّه وأخذ الثمن.

(١) أخرجه البخاري في البيع، باب بيع المخاضرة (٢٠٩٤).

وقد دلّ عليه حديث ال - مُصَرَّاة حيث أوجب الشارع رد صاع التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه وهو مما ورد العقد عليه، فدل على أنه حكم بفسخ العقد فيه ورد عوضه مع أصله والرجوع بالثمن كاملاً.

فأما الانفساخ الحكمي بالتلف ففي مواضع:

١ - إذا تلف المبيع المبهم - كصاع من هذا البر - قبل قبضه انفسخ العقد فيه وفي عوضه سواء كان ثمناً أو مثمناً.

٢ - إذا تلفت العين المستأجرة قبل مضي مدة الإجارة انفسخ العقد فيما بقي منها. وأما الفسخ الاختياري فكثير ومن مسأله:

١ - إذا تلف المبيع في مدة الخيار فإن البائع يخير - إذا كان المبيع من ضمان المشتري - بين الفسخ وأخذ عوض المبيع وبين إمضاء العقد وأخذ الثمن.

ويخير المشتري - إذا كان المبيع من ضمان البائع - بين الفسخ وأخذ الثمن وبين إمضاء العقد ومطالبة البائع بعوض المبيع.

٢ - إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد تلف المبيع، وفيه روايتان:

إحدهما: يتحالفان ويفسخ البيع ويغرم المشتري القيمة، وهو المذهب.

والثانية: القول قول المشتري مع يمينه في قدر الثمن ولا فسخ، اختارها أبو بكر.

٣ - إذا تبايعا جاريةً بعبدٍ أو ثوبٍ، ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وقد تلف الآخر فإنه يرد ما بيده ويفسخ العقد ويرجع بقيمة التالف ولم يذكر الأصحاب فيه خلافاً؛ لأن هنا عيناً باقية يمكن الفسخ فيها فيقع الفسخ في التالف تبعاً.

٤ - إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده فهل يجوز رد الموجود مع قيمة المفقود ويأخذ الثمن؟ ظاهر كلام القاضي في خلافه في المسألة التي قبلها: جوازه؛ لأن الفسخ في المفقود هنا تابع للفسخ في الموجود.

وإذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ وردّ بدلها أم لا؟ الذي عليه الأكثرون: أنه لا يملك ذلك؛ لأن الردّ يستدعي مردوداً ولا مردود إلا مع بقاء العين وظلامته تستدرك بالأرث وهو ضعيف؛ لأن البديل يقوم مقام العين، وخرّج القاضي في خلافه جواز ذلك.

٦ - إذا اشترى ربوياً بجنسه - كذهب بذهب - فبان معيباً ثم تلف قبل رده فإنه يملك الفسخ ويرد بدله ويأخذ الثمن؛ لأنه لا يجوز له أخذ الأرث على الصحيح - إذ مبادلة الربوي بجنسه يشترط فيها التساوي - لمحذور الربا فتعين الفسخ.

٧ - الإقالة هل تصح بعد تلف العين؟ قال القاضي مرة: لا تصح؛ لأنها عقد يقف على الرضا من الجانبين فهي كالبيع بخلاف الرد بالعيب، ثم قال في موضع آخر: قياس المذهب صحتها بعد التلف إذا قلنا هي فسخ، والبديل يقوم مقام المبدل هنا للضرورة.

٨ - الشركة في البيوع وهي أن يشتري رجل شيئاً فيقول لآخر: أشركتك في نصفه فيقبل فيصح ذلك ويكون تملكاً منجزاً بعوض في الذمة، وموضوع هذا العقد: أنه إن ربح المال المشترك فيه فالربح بينهما، وإن تلف المال أو خسر انفسخت الشركة فيكون الخسران أو التلف على المشتري فيقدر انفساخ الشركة حكماً في آخر زمن الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه، وإنما يحكم بالانفساخ بعد التلف والخسران.





## القاعدة الستون

## الفسخ في العقود الجائزة إذا تضمن ضرراً

الفسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلُّق بالعقد لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه.

ومن مسائله:

١ - الموصى إليه - أي: المأمور بالتصرف -<sup>(١)</sup> أطلق كثيراً من الأصحاب: أن له الرد بعد القبول في حياة الموصي وبعده، وقيد ذلك صاحب المحرر بما إذا وجد حاكماً؛ لئلا يضيع إسنادها فيقع الضرر، وحكى رواية أخرى أنه لا يملك الرد بعد الموت بحال ولا قبله إن لم يُعلمه بذلك لما فيه من التغير به.

٢ - الوكيل في بيع الرهن - لوفاء دين الراهن - إذا عزله الراهن يصح عزله على المنصوص؛ لأن الحاكم يأمره - أي: يأمر الراهن - بالبيع ويبيع عليه، وخرج ابن أبي موسى وجهاً آخر: أنه لا ينزل لأن فيه تغيراً للمرتهن ويتخرج وجه ثالث: بالفرق بين أن يوجد حاكم يأمر بالبيع أو لا من مسألة الوصية.

٣ - أنه يجوز فسخ عقد الجعالة لكن يستحق العامل أجره المثل لبطلان المسمى بالفسخ.

٤ - إذا فسخ المالك عقد المساقاة وقلنا هي عقد جائز فإن كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت؛ لأنه يملكه بالظهور، وكذلك لو فسخ

(١) كالنظر على صغاره.

العامل بعد الظهور، وأما إن كان الفسخ قبل الظهور فإن كان من العامل فلا شيء له لإعراضه وإن كان من المالك فعليه أجرة المثل للعامل؛ لأنه منعه من إتمام عقد يفضي إلى حصول المسمى له غالباً، ويتوجه على قول ابن عقيل في المضارب: أن يفسخ العقد بالنسبة إلى المالك دون العامل فيستحق من ثمرة المسمى له.

٥ - إذا زارع رجلاً على أرضه، ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع أو قبل البذر وبعد الحرث، كما تقدم في المساقاة.

٦ - المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ولو كان المال عَرَضاً، ولكن للمضارب بيعه بعد الفسخ لتعلق حقه بربحه ذكره القاضي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور، وذكر القاضي وابن عقيل: أن المُضَارِب لا ينعزل ما دام المال عَرَضاً بل يملك التصرف حتى ينض<sup>(١)</sup> رأس المال وليس للمالك عزله وأن هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل.

وذكر في المُضَارَبَةِ أنه ينعزل بالنسبة إلى الشراء دون البيع؛ أي: تنضيض المال، لكن ابن عقيل صرح في موضع آخر: بأن العامل لا يملك الفسخ حتى ينض رأس المال ويُعلم رب المال مراعاة لحق مالكة.

قال: وهذا هو الأليق بمذهبنا وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه؛ لأنه ذريعة إلى غاية الإضرار وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح.

كما ذكر أن المالك لا يملك الفسخ إذا توجه المال إلى الربح ولا يسقط به حق العامل وهو حسن جارٍ على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسدّ الذرائع.

٧ - الشركة إذا فسخ أحدهما عقدها بالقول انفسخت، وإن قال الآخر عزلتك انعزل المعزول وحده ذكره القاضي وينفسخ مع كون المال عروضاً أو ناضاً، وحكى صاحب التلخيص رواية أخرى: لا ينعزل حتى ينض رأس المال كالمضارب قال: وهو المذهب.

(١) أي: قلبه من العروض إلى النقد.

٨ - الوكيل إذا وكله في فعل شيء ثم عزله وتصرف - الوكيل - قبل العلم تصرفاً يوجب الضمان فهل يضمنه الموكل؟ فيه وجهان مذكوران فيما إذا وكله في استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم، قال أبو بكر: لا ضمان على الوكيل فمن الأصحاب من قال: لعدم تفريطه، ومنهم من قال: لأن عفو موكله لم يصح حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه فهو كما لو عفى بعد الرمي قال أبو بكر: وهل يلزم الموكل الضمان؟ على قولين: أحدهما: لا ضمان عليه، ووجه: بأن عفو لم يصح كما ذكرنا وبأنه محسن بالعفو فلا يترتب عليه الضمان به.

والثاني: عليه الضمان لأنه سلطه على قتل معصوم لا يعلم بعصمته فكان الضمان عليه كما لو أمر بالقتل من لا يعلم تحريمه فقتل كان الضمان على الأمر. وللأصحاب طريقة ثانية وهي: البناء على انعزال الوكيل قبل العلم، فإن قلنا: لا ينعزل لم يصح العفو فيقع القصاص مستحقاً لا ضمان فيه، وإن قلنا: ينعزل صح العفو وضمن الوكيل كما لو قتل مرتداً وكان قد أسلم ولم يعلم به وهل يرجع على الموكل؟ على وجهين: أحدهما: يرجع لتغيره.

والثاني: لا؛ لأن العفو إحسان منه لا يقتضي الضمان، وعلى هذا فالدية على عاقلة الوكيل عند أبي الخطاب؛ لأنه خطأ وعند القاضي في ماله لأنه عمد وهو بعيد.

ولو وكله في بيع شيء أو شرائه، أو في عتق عبده ثم عزله ثم فعل ما وكله فيه قبل العلم بعزله، فإن قيل لا ينعزل قبل العلم فالتصرف صحيح ولا كلام، وإن قيل ينعزل فالعقد باطل، وكذلك وقف المشتري وعتقه - إذا وكل في الشراء والعتق والوقف -.

قال الشيخ تقي الدين: لا يضمنه الوكيل لانتفاء تفريطه والمشتري مغرور وفي تضمينه خلاف في المذهب، وإذا ضمن رجوع على الغار على الصحيح، والغار هنا لا ضمان عليه فلا ضمان على واحد منهما. انتهى.

## القاعدة الواحدة والستون

### انعزال الحاكم ونوابه

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** الإمام العام، المتصرف تصرفاً عاماً على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين وهو الإمام، تصرفه عليهم بطريق الولاية لا بطريق الوكالة، وفيه روايتان، وينبني على ذلك:

١ - انعزاله بالعزل، فإن قلنا: هو وكيل فله أن يعزل نفسه، وإن قلنا: هو والٍ لم ينعزل بالعزل.

٢ - أنه لا ينعزل بموت من بايعه؛ لأنه وكيل عن الجميع لا عن أهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله إذا كان بسؤاله فحكمه حكم عزل نفسه، وإن كان بغير سؤاله لم يجز بغير خلاف.

**القسم الثاني:** من كان تصرفه مستفاداً من تَوَلِيَةِ الإمام، فإن كان نائباً عنه كالوزير فإنه كالوكيل له ينعزل بعزله وبموته - أي: موت الإمام - وإن كان نائباً عن المسلمين كالأمير العام لم ينعزل بموت الإمام، ذكره القاضي في الأحكام السلطانية.

**القسم الثالث:** القضاة هل هم نواب الإمام أو المسلمين؟ فيه وجهان معروفان ينبني عليهما جواز عزل الإمام له - على القول بأنهم نواب الإمام - وعزله لنفسه.

وظاهر كلام القاضي في الأحكام: أن الخلاف مُطَّرَد في ولاية الإمارة العامة على البلاد وجباية الخراج.

**القسم الرابع:** وأمّا نواب القاضي فنوعان:

**أحدهما:** من ولايته خاصة كمن فوّض إليه سماع شهادة معينة أو إحضار المستعدي عليه، فهم كالوكلاء ينزلون بعزله وموته - أي: القاضي -.

**والثاني:** من ولايته عامة كخلفائه، وأمنائه على الأطفال، ونوابه على القرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فهل ينزلون بموته؟ على وجهين ذكرهما الآمدي، وصحّح صاحب الترغيب عدم الانعزال، وحكى ابن عقيل عن الأصحاب أنهم ينزلون؛ لأنهم نواب القاضي بخلاف القضاة فإنهم نواب للمسلمين، ولهذا يجب على الإمام نصب القضاة ولا يجب على القاضي الاستنابة.

**القسم الخامس:** المتصرف تصرفاً خاصاً بتفويض من ليس له ولاية عامة، فنوعان:

**أحدهما:** أن يكون للمفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم، وناظر الوقف فإذا عقد عقداً جائزاً أو متوقع الانفساخ كالشركة والمضاربة والوكالة وإجارة الوقف فإنها لا تنسخ بموته؛ لأنه متصرف على غيره لا على نفسه، وكذلك الوكيل إذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكيلاً لموكله لا له.

**والثاني:** من يفوض حقوق نفسه فهذه وكالة محضة.



## القاعدة الثانية والستون

### من ينزل قبل العلم بالعزل

المشهور أن كل من ينزل بموت أو عزل هل ينزل بمجرد ذلك؟ أم يقف عزله على علمه؟ على روايتين .  
ودخل في هذا صور:

١ - الحاكم إذا قيل بانعزاله، وفي التلخيص لا ينزل قبل العلم بغير خلاف، ورجّحه الشيخ تقي الدين؛ لأن في ولايته حقاً لله .  
قال: هذا هو المنصوص عن أحمد، وأيضاً فإن ولاية القاضي عامة لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى بإبطالها قبل العلم بخلاف الوكالة .

٢ - عقود المشاركات كالشركة والمضاربة، والمشهور: أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق في المضاربة: أنها لا تنفسخ بفسخ المضارب حتى يعلم رب المال .

٣ - الوديعة وقد ذكر القاضي أن للمودع فسخها بالقول في غيبة المودع وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ وتبقى في يده أمانة كمن أطارت الريح إلى بيته ثوباً لغيره، ثم إنه ذكر في مسألة الوكالة أن الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول، وإنما تنفسخ بالردّ إلى صاحبها أو بأن يتعدّى المودع فيها .

والأول أشبه؛ لأن فسخ المودع إخراج للمودع عن الاستحفاظ وهو يملكه، وأما المودع فليس له فيها تصرف سوى الإمساك والحفظ فلا يصح أن يرفعه مع وجوده ويلتحق بهذه القاعدة - القاعدة الآتية - .



### القاعدة الثالثة والستون

## من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به

ويندرج تحت ذلك مسائل :

- ١ - الطلاق - فلا يشترط رضا المرأة به، فيقع ولو لم تعلم المرأة - .
- ٢ - الخلع فإنه يصح مع الأجنبي - أي: غير الزوج - على المذهب .
- ٣ - العتق ولو كان على مال نحو أعتق عبدك عني وعليّ ثمنه .
- ٤ - فسخ المعتقة تحت عبد .
- ٥ - فسخ البيع المعيب والمدلس وكذلك الإجارة .
- ٦ - فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر - كعقد الوكالة مثلاً للموكل أن يفسخ العقد ولو لم يرض الوكيل، فلا يعتبر علمه - .
- ٧ - الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر - كما لو ثبت خيار الشرط أو خيار العيب، ونحو ذلك، فلمن له الخيار أن يفسخ العقد ولولم يرض الآخر إذ لا يعتبر رضاه، فلا يعتبر علمه - .

فرع: الفسوخ على ضربين:

أحدهما: ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به، فلا يتوقف الفسخ به على حاكم كسائر ما ذكرنا .

والثاني: ما هو مختلف فيه كالفسخ بالعنة والعيوب في الزوج، وغيبته ونحو ذلك فيفتقر إلى حكم حاكم؛ لأنها أمور اجتهادية فإن كان الخلاف ضعيفاً يسوغ نقض الحكم به لم يفتقر الفسخ به إلى حكم حاكم، ويتفرع على ذلك أخذ بائع المفلس سلعته إذا وجدها بعينها .

وكذلك تَزَوُّجُ امرأة المفقود فإن في توقف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين، قال في رواية ابن منصور: تتزوج وإن لم تأت السلطان وأحب إلي أن تأتیه، ولعله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ؛ لأنه إجماع عمر والصحابه، ورجَّح الشيخ تقي الدين: أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حاكم.





### القاعدة الرابعة والستون

**من توقف نفوذ تصرّفه، أو سقوط الضمان أو الحنث عنه  
على الإذن فتصرف قبل العلم به، ثم تبين أن الإذن  
كان موجوداً هل يكون كتصرف المأذون له أو لا؟**

في المسألة وجهان تتخرج عليهما صور:

١ - لو تصرف في مال غيره بعقد - كبيع كتاب زيد مثلاً - أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له في التصرف هل يصح أم لا؟ فيه وجهان، والمذهب: عدم الصحة.

٢ - لو قال لزوجته إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، ثم أذن لها ولم تعلم بإذنه فخرجت فهل تطلق؟ فيه وجهان وأشهرهما - هو المنصوص - أنها تطلق؛ لأن المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاقّة والمخالفة.

٣ - لو أذن البائع للمشتري في مدة الخيار - شرط الخيار لهما - في التصرف فتصرف - ببيع السلعة المباعة، أو وقفها ونحو ذلك - بعد الإذن وقبل العلم فهل ينفذ أم لا؟ يتخرّج على الوجهين في التوكيل وأولى، والمذهب: عدم النفوذ.

٤ - لو غصب طعاماً من إنسان ثم أباحه له المالك ثم أكله الغاصب غير عالم بالإذن، والصواب الجزم بعدم الضمان؛ لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون كمن وطئ امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته، فإنه لا مهر عليه ولا عبرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه، كما لو أكل في الصوم يظن الشمس لم تغرب فتبين أنها غربت فإنه لا يلزمه القضاء ويلتحق بهذه - القاعدة الآتية -.

### القاعدة الخامسة والستون

**من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه  
فتبين أنه كان يملكه، وفيها الخلاف أيضاً**

ويندرج تحتها صور:

١ - لو باع ملك أبيه بغير إذنه ثم تبين أن أباه كان قد مات ولا وارث له سواه، وفي صحة تصرفه وجهان ويقال روايتان، والصحيح من المذهب: الصحة.

٢ - لو طلق امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته ففي وقوع الطلاق روايتان، قال ابن عقيل وغيره: العمل على أنه لا يقع.

٣ - لو لقي امرأة في الطريق فقال: تنحي يا حرة فإذا هي أمته وفيها الخلاف أيضاً، وفي المغني: احتمال التفريق؛ لأن هذا يقال كثيراً في الطريق ولا يراد به العتق.

وهذا مع إطلاق القصد، فأما إن قصد به المدح بالعفة ونحوها فليست من المسألة بشيء ويتنزل الخلاف في هذا على أن الرضا بغير المعلوم هل هو رضى معتبر؟ والأظهر: عدم اعتباره.

٤ - لو أبرأه من مائة درهم مثلاً معتقداً أنه لا شيء له عليه، ثم تبين أنه كان له في ذمته مائة درهم وفيها الوجهان - صحح الناظم أن البراءة لا تصح، قال الحارثي: وهذا أظهر -.

٥ - لو جرحه جرحاً لا قصاص فيه فعفا عن القصاص وسرايته، ثم سرى إلى نفسه فهل يسقط القصاص؟ يخرج على الوجهين، والمذهب: أنه إن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة فعفا المجروح عن القصاص، ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص؛ لأنه لا يصح العفو عن قود ما لا قود فيه.

٦ - لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتاً قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة أو أنه كان طلقها، ففي صحة النكاح الوجهان، والمذهب: عدم الصحة.

٧ - لو أمره غيره بإعتاق عبد يظن أنه لآمر فتبين أنه عبده، ففي التلخيص يحتمل تخريجه على من أعتق عبداً في ظلمة، ثم تبين أنه عبده لكن يرجع هنا على الأمر بالقيمة لتغيره له، ويحتمل أن لا ينفذ لتغيره.

ونظير هذه في الطلاق أن يوكله شخص في تطليق زوجته، ويشير إلى امرأة معينة فيطلقها ظاناً أنها امرأة الموكل ثم تبين أنها امرأته.

وقد تخرج هذه المسألة على مسألة ما إذا نادى امرأة له فأجابته امرأته الأخرى فطلقها ينوي المنادة، فإنه تطلق المنادة وحدها ولا تطلق المواجهة في الباطن، وفي الظاهر روايتان.

٨ - لو اشترى آبقاً يظن أنه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه، ففي صحة العقد وجهان لا اعتقاده - والمذهب: عدم الصحة - فقد شرط الصحة وهو موجود في الباطن وفي المغني احتمال ثالث بالفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع فيفسد البيع في حقه؛ لأنه متلاعب، وبين من لا يعلم ذلك فيصح؛ لأنه لم يقدم على ما يعتقده باطلاً وقد تبين وجود شرط صحته.



### القاعدة السادسة والستون

**ولو تصرف مستنداً إلى سبب، ثم تبين خطؤه فيه،  
وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود**

فهو نوعان :

**أحدهما:** أن يكون الاستناد إلى ما ظنه صحيحاً أيضاً فالتصرف صحيح،  
مثل : أن يستدل على القبلة بنجم يظنه الجدي، ثم تبين أنه نجم آخر مسامته .

**والثاني:** أن لا يكون ما ظنه مستنداً استناداً صحيحاً، مثل : أن يتطهر  
من حدث يظنه ريحاً، ثم تبين أنه نَوْمٌ، ومثل : أن يشتري شيئاً ويتصرف فيه،  
ثم تبين أن الشراء كان فاسداً وأنه ورث تلك العين .

والمذهب هنا الصحة بلا ريب؛ لأن أصحابنا اختلفوا فيما إذا وهب  
الغاصب المغصوب من مالكة وأقبضه إياه هل يبرأ به أم لا؟ وحكى فيه ابن  
أبي موسى روايتين، والمشهور: أنه لا يبرأ نصّ عليه أحمد معللاً بأنه يحتمل  
مِنْتَهُ، وربما كافأه على ذلك، واختار القاضي في خلافه وصاحب المغني: أنه  
يبرأ؛ لأن المالك تسلمه تسليماً تاماً وعادت سلطنته إليه فبرئ الغاصب،  
بخلاف ما إذا قدمه إليه فأكله فإنه أباحه إياه ولم يملكه فلم يعده إلى سلطنته  
وتصرفه ولهذا لم يكن له التصرف فيه بالبيع والهبة .



### القاعدة السابعة والستون

**من استحق الرجوع بعين أو دَيْنٍ بفسخ أو غيره، وكان قد رجع إليه ذلك الحق بهبة أو إبراء ممن يستحق عليه الرجوع، فهل يستحق الرجوع عليه ببدله أم لا؟**

في المسألة وجهان ولها صور:

- ١ - باع عيناً ثم وهب ثمنها للمشتري، أو أبرأه منه، ثم بان بها عيب يوجب الرد، فهل للمشتري ردها والمطالبة بالثمن - مع أن البائع قد وهبه، أو أبرأه منه - أم لا؟ على وجهين - والمذهب: له ذلك - .  
وكذا لو أبرأه - البائع - من بعض الثمن فهل له المطالبة بقدر ما أبرأه منه؟ على الوجهين، - والمذهب: له ذلك - .  
ولو ظهر هذا المبيع معيباً بعد أن تعيب عنده - أي: البائع - فهل للمشتري المطالبة بأرش العيب - مع أنه قد أبرأ من الثمن -؟  
يمنع المطالبة هنا وجهاً واحداً وهو اختيار ابن عقيل؛ لئلا تجتمع له المطالبة بالثمن وبعض الثمن بخلاف ما إذا رده فإنه لا يجتمع له ذلك .
- ٢ - لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها أو الإبراء منه .
- ٣ - لو أصدق زوجته عيناً فوهبتها منه، ثم طلقها قبل الدخول، فهل يرجع عليها ببدل نصفها؟ على روايتين، فإن قلنا: يرجع فهل يرجع إذا كان الصداق ديناً فأبرأته منه؟ على وجهين: أصحهما لا يرجع؛ لأن ملكه لم يزل عنه .
- ٤ - لو كاتب عبده ثم أبرأه من دين الكتابة وعتق، فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان له عليه من الإيتاء الواجب أم لا؟<sup>(١)</sup> من الأصحاب من

(١) في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَابِتُهُمْ إِنَّ عِلْمَهُمْ فِيهِمْ خَيْرٌ وَأَنَّهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

خرجها على الخلاف وضعف صاحب المغني ذلك؛ لأن إسقاطه عنه يقوم مقام إيتائه.

٥ - لو شهد شاهدان بمال لزيد على عمرو ثم رجعا - عن الشهادة - وقد قبضه زيد من عمرو، ثم وهبه له لم يسقط عنهما الضمان، ولو كان دَيْنًا فأبرأه منه قبل قبضه ثم رجعا لم يلزمهما شيء؛ لأنه أبرأه منه قبل القبض فلم يترتب على شهادتهما عُرم، فلذلك سقط عنهما الضمان.

٦ - لو قضى الضامن الدين للمضمون له ثم وهبه الغريم - أي: وهب المضمون له الضامن - ما قضاه بعد قبضه، فهل يرجع على المضمون عنه؟ ظاهر كلام الأصحاب: أنه لا يرجع.



## القاعدة الثامنة والستون

### إيقاع العبادات أو العقود أو غيرها مع الشك في شرط صحتها

هل يجعلها كالمعلقة على تحقق ذلك الشرط أم لا؟ هي نوعان:

**النوع الأول:** ما يشترط فيه النية الجازمة فلا يصح إيقاعه بهذا التردد،

ما لم يكن الشك غلبة ظن تكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد؛ كغلبة الظن بدخول الوقت، وطهارة الماء والثوب، ونحو ذلك.

ومن أمثلة ذلك:

١ - إذا صلى يظن نفسه محدثاً فتبين متطهراً.

٢ - لو شك هل ابتدأ مدة مسح الخفين في السفر أو الحضر فمسح يوماً

آخر بعد انقضاء مدة الحضر ثم تبين أنه ابتدأها في السفر<sup>(١)</sup> لزمه إعادة الصلاة بالشك، وهل يلزمه إعادة الوضوء؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** لا يلزمه وبه جزم في المغني؛ لأن الوضوء يصح مع الشك في

سببه كمن شك في الحدث فتوضأ ينوي رفعه ثم تبين مُحدثاً - وهو المذهب -.

**والثاني:** يلزمه؛ لأن المسح رخصة ولم تتحقق إباحتها فلم يصح.

٢ - لو توضأ من إناء مشتببه ثم تبين أنه طاهر لم تصح طهارته في

المشهور، وقال القاضي أبو الحسين: يصح وهو يرجع إلى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط كما سبق.

٣ - لو توضأ شاكاً في الحدث أو صلى مع غلبة ظنه بدخول الوقت

ونوى الفرض إن كان مُحدثاً أو الوقت قد دخل، وإلا فالتجديد أو النفل،

فذكر ابن عقيل: أنه يجزئه؛ لأن هذا حكمه ولو لم ينو، فإذا نواه لم يضره.

(١) لأنه يمسح مسح مسافر إذا ابتدأ المسح في السفر.

٤ - لو كان له مال حاضر وغائب فأدّى زكاة ونوى أنها عن الغائب إن كان سالماً، وإلا فتطوع فبان سالماً أجزأه.

٥ - إذا نوى ليلة الشك إن كان غداً من رمضان فهو فرض وإلا فهو نفل.

- المذهب - لا يجزئه؛ لأنه لم يجزم بالتعيين ولم يبين على أصل مستصحب، وهذا بخلاف ما لو نوى ليلة الثلاثين من رمضان إن كان غداً من رمضان فأنا صائم عنه، وإلا فأنا مفطر فإنه يصح صيامه على المذهب؛ لأنه بني على أصل لم يثبت زواله ولا يقدر تردده؛ لأنه حكم صومه مع الجزم.

**النوع الثاني:** ما لا يحتاج إلى نية جازمة؛ فالصحيح فيه الصحة وقد سبق من أمثله:

١ - إذا نكحت امرأة المفقود قبل أن يجوز لها النكاح - أي: قبل مضي مدة التبرص - ثم تبين أنه كان جائزاً ففي الصحة وجهان - تقدما قريباً -.

٢ - لو كان له عند رجل دنائير وديعة فصارفه عليها وهو يجهل بقاءها ففيه وجهان: وقول ابن عقيل: إنه يصح؛ لأن الأصل بقاءها فصار كبيع الحيوان الغائب بالصفة فإنه يصح مع احتمال تلفه؛ لأن الأصل بقاءه، قال ابن عقيل: فإن كانت باقية تقابضاً وصح العقد وإن كانت تالفة تبين بطلان العقد، وهذا الذي قاله صحيح إذا تلفت بغير تفريط، فأما إن تلفت تلفاً مضموناً في الذمة فينبني على تعيين النقود بالتعيين، فإن قلنا: يتعين لم يصح العقد وإلا صح وقامت الدنانير التي في الذمة مقام الوديعة إلا على الوجه الذي يشترط فيه للصرف بالتعيين فلا يصح على ما في الذمة.

٣ - لو وكله في شراء جارية فاشتراها له، ثم جحد الموكل الوكالة فأراد الوكيل أن يشتريها منه فلم يعترف بالملك، ثم قال له إن كنت أذنت لك في شرائها فقد بعته فهل يصح أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصح؛ لأن البيع لا يصح تعليقه وهو قول القاضي وابن عقيل.



والثاني: يصح ذكره في الكافي احتمالاً؛ لأنه تعليق على شرط واقع يعلمانه فلا يؤثر ذكره في العقد.

٤ - الرجعة في عقد نكاح شك في وقوع الطلاق فيه، قال أصحابنا: هي رجعة صحيحة رافعة للشك، فأما الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها؛ كمن طلق وشك هل طلق ثلاثاً أو واحدة ثم راجع في العدة فيصح عند أكثر أصحابنا ههنا؛ لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك في انقطاعه والرجعة استبقاء له فصح مع الشك في انقطاعه.

٥ - لو حكم حاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره أثم وعصى بذلك ولم ينقض حكمه إلا أن يكون مخالفاً لنص صريح ذكره ابن أبي موسى.

وقال السامري: بل ينقض حكمه؛ لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد.

وللأصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق. أحدهما: تنقض جميع أحكامه لفقد أهليته، وهو قول أبي الخطاب وغيره.

والثاني: تنقض كلها إلا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه، وينقض ما وافق الاجتهاد؛ لأنه ليس من أهله وهو اختيار صاحب المغني ويشبه هذا القول في الوصي الفاسق إذا قسم الوصية فإن أعطى الحقوق لمستحق معين يصح قبضه لم يضمه؛ لأنه يجب إيصاله إليه، وقد حصل وإن كان لغير معين فوجهان.

٦ - الحكم بإسلام من اتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه حكم صحيح؛ لأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فكذلك المرتد.



## القاعدة التاسعة والستون

### الإنابة في العقود

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** أن يكون العقد وارداً على عمل معين لازماً ثابتاً في الذمة بعوض كالإجارة، فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمله المعقود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه.

**القسم الثاني:** أن يكون غير لازم، وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن، فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله، إلا بإذن صريح أو قرينة دالة عليه.

**القسم الثالث:** ويتردد بين هذين من كان تصرفه بولاية إما ثابتة بالشرع كولي النكاح، أو بالعقد كالحاكم ووليّ اليتيم.

أما الأول فله صور:

١ - الأجير المشترك<sup>(١)</sup> فيجوز له الاستنابة في العمل؛ لأنه ضمن تحصيله لا عمله بنفسه، واستثنى الأصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتاً كالنسخ، فليس له الاستنابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً.

٢ - لو أصدقها عملاً معلوماً مقدراً بالزمان أو بغيره وقلنا يصح ذلك فهو كالأجير المشترك.

وأما الثاني: وهو المتصرف بالإذن المجرد فله صور:

٣ - الوكيل وفي جواز توكيله بدون إذن روايتان - والمذهب: ليس له أن يوكل - إلا فيما اقتضته دلالة الحال مثل أن يكون العمل لا يباشره مثله أو

(١) الأجير المشترك: هو من قُدِّرَ نَفْعُهُ بالعمل: كالطَّباخ، والغَسَّال، ونحو ذلك.

يعجز عنه لكثرتة فله الاستنبابة بغير خلاف؁ لكن هل له الاستنبابة فف الـمـمـع أو فف القدر المعجوز عنه خاصة؟ على وجهين والأول: اختيار صاحب المغني. والثاني: قول القاضي وابن عقيل.

٤ - العبد المأذون له - فف التجارة -.

قيل: إنه كالوكيل وهو المذكور فف الكافي؛ لأنه استفاد التصرف بالإذن فهو كالوكيل.

وقيل: ليس له الاستنبابة بدون إذن أو عُرْف؛ لقصور العبد فف أملاكه وتصرفاته؁ فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة.

٥ - الصبي المأذون له - بالتجارة - وهو كالوكيل ذكره فف الكافي.

٦ - الشريك والمضارب وفيهما طريقتان:

قيل: إن حكمهما حكم الوكيل وهو قول الأكثرين.

وقيل: يجوز لهما التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به فف المحرر؁ ورجّحه أبو الخطاب؛ لعموم تصرفهما وكثرتة وطول مدته غالباً وهذه قرائن تدل على الإذن فف التوكيل فف البيع والشراء.

فأما دفع المضارب المال مضاربة إلى غيره فلا يجوز بدون إذن صريح نصّ عليه أحمد؁ وعللّ بأنه إنما ائتمنه على المال فكيف يسلمه إلى غيره؁ وحكى فيه رواية أخرى: بالجواز.

وأما الثالث: وهو المتصرف بالولاية فمنه:

١ - وَلِيُّ اليتيم وفيه طريقتان:

أحدهما: أنه كالوكيل وهي طريقة القاضي وابن عقيل وصاحب المغني؛ لأن تصرفه بالإذن فهو كالوكيل.

والثاني: أنه يجوز التوكيل بخلاف الوكيل ورجّحه القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب وجزم به فف المحرر؛ لأنه متصرف بالولاية وليس وكيلاً محضاً فإنه يتصرف بعد الموت بخلاف الوكيل.

فأمّا في وصيته إلى غيره - أي: وصية ولي اليتيم باليتيم إلى آخر - ففيها روايتان منصوصتان، واختار المنع أبو بكر والقاضي.

٢ - الحاكم هل له أن يستنيب غيره من غير إذن له في ذلك - أي: الإنابة؟

له الاستخلاف، نصّ عليه أحمد في رواية مهتّاً بناء على أن القاضي ليس بنائب للإمام بل هو ناظر للمسلمين، ولأن الحاكم يضيق عليه تولي جميع الأحكام بنفسه ويؤدي ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة.

٣ - ولي النكاح فإن كان مجبراً<sup>(١)</sup> فلا إشكال في جواز توكيله؛ لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة ولذلك لا يعتبر معه إذنّها، وإن كان غير مجبر<sup>(٢)</sup> فيجوز له التوكيل قولاً واحداً وهو طريق صاحب المغني والمحزر؛ لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة فلا تتوقف استنابته على إذنّها.



(١) المجبر: الأب ووصيه فلهما تزويج الصغيرة دون تسع، وبنت تسع البكر، والمكلفة البكر بغير رضاها.

(٢) غير المجبر: بقية الأولياء غير الأب ووصيه، فلا يملكون تزويج صغيرة بحال، ولا بنت تسع إلا بإذنّها.

### القاعدة السبعون

## دخول الفاعل في عموم الفعل المتعدي إلى مفعول، أو المتعلق بظرف أو مجرور

الفعل المتعدي إلى مفعول أو المتعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عاماً فهل يدخل الفاعل الخاص في عمومه، أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم، أو يختلف ذلك بحسب القرائن؟ فيه خلاف في المذهب، والمرجح فيه التخصيص إلا مع التصريح بالدخول أو قرائن تدل عليه.

وتترتب على ذلك صور متعددة:

- ١ - النهي عن الكلام والإمام يخطب لا يشمل الإمام على المذهب المشهور.
- ٢ - الأمر بإجابة المؤذن هل يشمل المؤذن نفسه؟ المنصوص هاهنا الشمول، والأرجح عدمه طرداً للقاعدة.
- ٣ - إذا أذن السيد لعبده في التجارة لم يملك أن يؤجر نفسه.
- ٤ - إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق السيد لم يملك أن يعتق نفسه، وخرّجها أبو بكر على وجهين، وإلا فلو ملكه نفسه لانعتقت عليه قهراً ولم تجزئه عن الكفارة.
- ٥ - هل يكون الرجل مصرفاً لكفارة نفسه؟ في المسألة روايتان - والمذهب: أنه لا يكون الإنسان مصرفاً لكفارته -.
- ٦ - هل يكون الرجل مصرفاً لزكاته؟ إذا أخذها الساعي منه فقد برئت ذمته منها، فله أن يعيدها إليه بعد ذلك؛ لأن عودها إليه ههنا بسبب متجدد فهو كإثره لها.

وهكذا الخلاف في ردّ الإمام خمس الفَيء والغنيمة على من أخذها منه، وأما إسقاطها قبل القبض فلا يجوز؛ لأن الإبراء من الدين لا يسقط الزكاة ولا الخمس، بل يجب فيها القبض بخلاف الخراج والعشر المأخوذ من تجار أهل الكتاب؛ لأنه فيء فيجوز للإمام إسقاطه عمن هو واجب عليه إذا رأى فيه المصلحة وكذلك خمس الرِّكَاز إذا قيل هو فيء.

٧ - هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه؟ كما إذا وقف شيئاً على الفقراء ثم افتقر فإنه يدخل على الأصح.

وكذلك لو انقطع مصرف الوقف وقلنا يرجع إلى أقاربه وقفاً وكان الواقف حيّاً هل يرجع إليه؟ على روايتين حكاهما ابن الزاغوني، وجزم ابن عقيل: بدخوله.

وكذلك لو وقف على أولاده وأنسالهم أبداً على أنه من توفي منهم عن غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفي أحد أولاده عن غير ولد، والأب الواقف حيٌّ فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا؟ يخرج على ما قبلها والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه.

٨ - الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه؟ فيه روايتان والمذهب: المنع، وللمنع مأخذان:

**أحدهما:** التهمة وخشية ترك الاستقصاء في الثمن.

**والثاني:** أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراجه من جملة المشترين؛ لأنه جعله بائعاً فلا يكون مشترياً.

فعلى المأخذ الأول: لا يجوز له البيع ممن يتهم بمحاباته أيضاً وهو ممن لا تقبل شهادته له.

وعلى الثاني: يجوز.

وأما رواية الجواز فاختلف في حكاية شروطها:

**أحدها:** أنه يشترط الزيادة على الثمن الذي ينتهي إليه الرغبات في

النداء، وفي اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل.

**والثاني:** أن المشتراط أحد أمرين إما أن يوكل من يبيعه على قولنا بجواز ذلك، وإما الزيادة على ثمنه في النداء وهي طريقة القاضي في خلافه وأبي الخطاب.

٩ - شراء الوكيل لموكله من ماله وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكله.

١٠ - شراء الوصي من مال اليتيم وحكمه حكم شراء الوكيل، وفيه روايتان منصوصتان، وكذلك حكم الحاكم وأمينه في مال اليتيم، ويتوجه التفريق بين الحاكم وغيره، فإن الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن فتكون عامة بخلاف من استندت ولايته إلى إذن من غيره في التصرف، فإن إطلاق الإذن له يقتضي أن يتصرف مع غيره لا مع نفسه كما سبق.

١١ - الوكيل في نكاح امرأة ليس له أن يتزوجها لنفسه على المعروف من المذهب، وقد ذكر ابن أبي موسى: أنه إن أذن له الولي في التوكيل فوكل غيره فزوجه صح، وكذا إن لم يأذن له وقلنا: للوكيل أن يوكل مطلقاً.

فأما من له ولاية بالشرع كالولي والحاكم وأمينه فله أن يزوج نفسه، وإن قلنا: ليس لهم أن يشتروا من المال ذكره القاضي في خلافه، وفرق: بأن المال القصد منه الربح، وهذا يقع فيه التهمة بخلاف النكاح فإن القصد منه الكفاءة وحسن العشرة فإذا وجد ذلك صحّ، وألحق أيضاً الوصي بذلك، وفيه نظر فإن الوصي يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن، ومتى زوج أحد من هؤلاء نفسه بإذن المرأة من غير توكيل بل مباشرة لطرفي العقد ففي صحته روايتان - والمذهب: الصحة - وإن وكل في أحد الطرفين فقال أكثر الأصحاب: يصح رواية واحدة.

١٢ - إذا عمل أحد الشريكين في مال الشركة عملاً يملك الاستئجار عليه ودفع الأجرة فهل له أن يأخذ الأجرة أم لا؟ على روايتين.

١٣ - الموصى إليه بإخراج مال لمن يحج أو يغزو ليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو نصّ عليه أحمد في رواية أبي داود وقال: هو متعدي؛ لأنه لم يأمره وهذا تصريح بأن مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له.

١٤ - المأذون له أن يتصدق بمال هل له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصدقة؟ المذهب: أنه لا يجوز، وذكر في المغني احتمالين: أحدهما: الجواز مطلقاً.

والوجه الثاني: الرجوع إلى القرائن فإن دلت قرينة على الدخول جاز الأخذ أو على عدمه لم يجز، . . . . . وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة، ولكن الأولى سدّ الذريعة؛ لأن محاباة النفس لا تؤمن، وعلى هذا فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته؟ له فيه وجهان: أشهرهما: المنع.

والثاني: الجواز اختاره صاحب المغني والمحرر.

١٥ - إذا وكل غريمه أن يبرئ غرماء لم يدخل فيهم - الوكيل - بمطلق العقد.

١٦ - لو قال في الأيمان ونحوها من التعليقات: من دخل داري أو قال: من دخل دارك لم يدخل المتكلم في الصورة الأولى ولا المخاطب في الصورة الثانية.

١٧ - الأموال التي تجب الصدقة فيها شرعاً للجهل بأربابها كالغصب والودائع لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها على المنصوص، وخرّج القاضي جواز الأكل له منها إذا كان فقيراً وأفتى به الشيخ تقي الدين في الغاصب الفقير إذا تاب، وعلى المذهب يتخرّج في إعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان، والمنصوص عن أحمد أنه لا يحابي به أصدقاءه ولا أقاربه، بل يعطيهم أسوة بغيرهم.

تنبيه: لو وصّى لعبده بثلث ماله دخل في الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه، نصّ عليه، ويكمل عتقه من باقي الوصية؛ لأن ملكه للوصية مشروط بعتقه فكذا دخل في عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له.



## القاعدة الحادية والسبعون

### ما يجوز الأكل من الأموال بغير إذن مستحقها

وهي أقسام:

**القسم الأول:** مملوك تعلق به حق الغير وهو مال الزكاة فيجوز الأكل مما تَوَقَّعَ إليه النفوس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج إليه من ذلك، ويطعم الأهل والضيوف ولا يحتسب زكاته، وكذلك يجب على الخارص أن يدع في خَرْصِهِ الثلث أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقلتها كما دلَّت عليه السُّنَّةُ، فإن استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها.

وأما الزروع فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله فريكاً ونحوه نص عليه، وليس له الإهداء منها.

**القسم الثاني:** ما له مالك غير معين كالهدي والأضاحي فيجوز لمن هي في يده وهو المهدي والمضحى أن يأكل منها ويدخر ويهدي، وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا؟ على وجهين: أشهرهما الجواز، وهل المستحب أن يقسم الهدى أثلاثاً كالأضاحي أو يتصدق به كله أو بما يأكله منه؟ على وجهين - والمذهب: كالأضاحي -.

**القسم الثالث:** ما له مالك معين وله عليه ولاية، والولاية عليه لحظ نفسه كالرهن فإنه يجوز له الأكل مما بيده إذا كان داراً والانتفاع بظهره إذا كان مركوباً، لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة.

**القسم الرابع:** ما له مالك معين والولاية لمصلحة المولَّى عليه، فالمنصوص جواز الأكل منه أيضاً بقدر عمله.

ويتخرج على ذلك صور:

١ - وليُّ اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله وهل يرده إذا أيسر؟ على روايتين - والمذهب: لا يجب أن يرد -.

ولو فرض له الحاكم شيئاً جاز له أخذه مجاناً بغير خلاف، ولو مع الغنى.

٢ - أمين الحاكم، أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم، قال القاضي مرةً: لا يأكل.

وقال مرةً: له الأكل كوصي الأب، وأما الأب، فقال القاضي: ليس له الأكل لأجل عمله لغناه عنه بالنفقة الواجبة في ماله - أي: مال الولد -، ولكن له الأكل منه بجهة التمليك عندنا وضعف ذلك الشيخ تقي الدين.

٣ - ناظر الوقف والصدقات، ونص أحمد: على جواز أكله نقله عنه أبو الحارث، ونقل الميموني عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فأوصى إلى حفصة ثم قال أحمد: وليه يأكل منه بالمعروف إذا اشترط ذلك ومفهومه: المنع من الأكل بدون الشرط، فأما الوكيل في الصدقة فلا يأكل منه شيئاً؛ لأنه مُنفَّذ وليس بعامل.

٤ - الوكيل والأجير والمعروف منعهما من الأكل لاستغنائهما عنه بطلب الأجرة من المؤجر والموكل لا سيما والأجير قد أخذ الأجرة على عمله.

**القسم الخامس:** ما لا ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع، وأمّا مع عدمها فيجوز فيما تَتَوَقَّعُ إليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه، وذلك في صور:

١ - الأكل من الأطعمة في دار الحرب، وإطعام الدواب المُعدّة للركوب فإن كانت للتجارة ففيه روايتان، وإن كانت للتصيد بها فوجهان.

وسواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن في أشهر الطريقتين.

وفي الثانية: لا يجوز إلا للحاجة بقدرها، وفي ردّ عوضه في المغنم روايتان وهي طريقة ابن أبي موسى.

واختلف الأصحاب في محل الجواز فقليل: محله ما لم يحزره الإمام،

فإذا أحرزه أو وكل به من يحفظه لم يجز الأكل إلا للضرورة وهي طريقة الخرقى؛ لأن إحرازه منع من التناول منه، وأمّا قبل الإحراز فإن حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة.

وقيل: يجوز الأكل ما داموا في أرض الحرب وإن أحرز ما لم يقسم وهي طريقة القاضي، وإن فصلت منه فضلة فهل يجب ردّها مطلقاً أو يشترط كثرتها؟ على روايتين.

٢ - إذا مرّ بثمر غير مُحَوَّط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل على الصحيح المشهور فتوقان نفوس المارة إليه وتنزيلاً لتركه بلا حفظ منزلة الإذن في الأكل منه لدلالته عليه عُرفاً مع العلم بتسامح غالب النفوس في بذل يسير الأطعمة، بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط فإن ذلك بمنزلة المنع منه.

وفي المذهب رواية ثانية: بجواز الأكل من المتساقط دون ما على الشجر؛ لأن المسامحة في المتساقط أظهر لتسرع الفساد إليه.

وعلى المذهب المشهور: هل يلحق الزرع ولبن المواشي بالثمار؟ على روايتين فإن الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع إنما يفعل للحاجة لا للشهوة.



## القاعدة الثانية والسبعون

### اشتراط النفقة والكسوة في العقود

يقع على أقسام:

**القسم الأول:** عقود المعاوضة اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها، فإن وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجل منها إلا في نفقة الزوجة وكسوتها، فإن في الرجوع بهما ثلاثة أوجه، ثالثها: يرجع بالنفقة دون الكسوة. فمنها:

١ - الإجارة فيجوز استئجار الظئر - المرضعة - بطعامها وكسوتها على الصحيح.

٢ - استئجار غير الظئر من الأجراء بالطعام والكسوة، وفيه روايتان: أصحهما: الجواز كالظئر.

٣ - البيع فلو باعه ثوباً بنفقة عبده شهراً صحّ، ذكره القاضي في خلافه.

٤ - النكاح تقع النفقة والكسوة فيه عوضاً عن تسليم المنافع - أي: منافع الاستمتاع - ولا يحتاج إلى شرطها في العقد، كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذي يحصل به أصل الاستباحة، ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته صحّ وكان من المهر.

**القسم الثاني:** غير المعاوضة: فهو إباحة النفقة للعامل ما دام مُتَلَبِّساً بالعمل، ويقع في العقود الجائزة بأصل الوضع، أو لأنه لا تجوز المعاوضة عنه بالشرع.

ويندرج تحت ذلك صور:

١ - المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة في مدة

المضاربة.

٢ - الشركة .

٣ - الوكالة .

٤ - المساقاة والمزارعة إذا قلنا بعدم لزومها .

وما بقي معهم من النفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود هل يستقر ملكهم عليه أم لا؟ يحتمل أن لا يستقر؛ لأن ما يتناوله إنما هو على وجه الإباحة لا الملك .

ويحتمل أن تكون النفقة والكسوة تمليكاً فلا يرد ما فَضَّلَ منهما .

ويحتمل أن يفرق بين اليسير والكثير كما في المأخوذ من المغنم .

**القسم الثالث:** ما لا يجوز المعاوضة عنه بالشرع - وتحتة صور :-

١ - إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه، فإنه عقد جائز والنفقة فيه إعانة على الحج لا أجره وينفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده، وإن فضلت فضلة ردّها نصّ عليه... إلا أن يعين الموصي في وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة، فإن الفاضل يكون له في المعروف من المذهب .

٢ - إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فإنه يجوز بناء على قولنا إن الحج من السبيل فإن حج ثم فضلت فضلة فهل تسترد أم لا؟ الأظهر: استردادها؛ لأن هذا المال يجب صرفه في مصارفه المعينة شرعاً ولا يجوز الإخلال بذلك، بخلاف فاضل الوصية فإن الحق فيه للورثة ولهم تركه وقياس قول الأصحاب في الغازي أنه لا يسترد .

٣ - إذا أخذ الغازي نفقة أو فرساً ليغزو عليها فإنه يجوز ويكون عقداً جائزاً لا لازماً وهو إعانة على الجهاد لا استئجار عليه، فإن رجع والفرس معه ملكها ما لم تكن وقفاً أو عارية نصّ عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو .

وإن فَضَّلَ معه من الكسوة فهو كالفرس وإن فَضَّلَ من النفقة، ففيه روايتان: إحداهما: يملكها أيضاً نقلها علي بن سعيد .

والثانية: يرد الفاضل في الغزو إلا أن يؤذن له في الاستعانة به في غزوة أخرى نقلها حنبل.

والفرق بين النفقة وغيرها: أن الدابة قد صرفت في سبيل الله واستعملت فيه وكذلك الكسوة يحصل المقصود بها بخلاف ما فضل من النفقة، فأما إن أخذ من الزكاة ثم فضلت فضلة فقال والأكثر: لا تسترد وحكى صاحب المحرر وغيره وجهين وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره، ونص أحمد في رواية المروزي على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله في النفقة لما قدمنا.



## القاعدة الثالثة والسبعون

## اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد

هذه القاعدة على ضربين:

**أحدهما:** أن يكون استئجاراً له مقابلاً بعوض فيصح على ظاهر المذهب؛ كاشتراط المشتري على البائع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الحطب ونحوه، ولذلك يزداد به الثمن.

**والثاني:** أن يكون إلزاماً له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولوآزمه مطلقاً ولا يقابل بعوض فلا يصح، وله أمثلة:

١ - اشتراط مشتري الزرع القائم في الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد، وحكى ابن أبي موسى في فساد به وجهين؛ لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب على البائع كما ذكر بعض الفقهاء.

٢ - اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة أو المزارعة على الآخر ما لم يلزمه بمقتضى العقد<sup>(١)</sup> - كما لو شرط العامل على المالك تلقيح الشجر - فلا يصح وفي فساد العقد به خلاف، ويتخرج صحة هذه الشروط أيضاً من الشروط في النكاح وغيرها.

٣ - شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد، وحكي في صحته روايتان - والمذهب: الصحة -.



(١) الذي يلزم المالك في باب المساقاة: كل ما فيه صلاح الشجر، والذي يلزم العامل كل ما فيه صلاح الثمرة.

## القاعدة الرابعة والسبعون

### من يستحق العوض عن عمل بغير شرط

وهو نوعان:

أحدهما: أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض.

الثاني: أن يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة.

أما الأول فيندرج تحته صور كثيرة: كالملاح، والحجّام، والخياط والدلال ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجره المثل وإن لم يسم له شيء نصّ عليه.

وأما الثاني: فيدخل تحته صور:

١ - من قتل مشركاً في حال الحرب مُغرراً بنفسه في قتله فإنه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط.

٢ - العامل على الصدقات فإنه يستحق أجره عمله بالشرع.

٣ - من ردّ أبقاً على مولاه فإنه يستحق على ردّه جُعلاً بالشرع سواء شرطه أو لم يشترطه على ظاهر المذهب، والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعي في الأرض بالفساد، ولهذا المعنى اختص الوجوب برّد الأبق دون غيره من الحيوان والمتاع، إلا السلطان فإنه لا شيء له نصّ عليه في رواية حرب لانتصابه للمصالح وله حق في بيت المال على ذلك.

٤ - من أنقذ مال غيره من التلف كمن خلص عبد غيره من فلاة مهلكة أو متاعه من موضع يكون هلاكه فيه محققاً أو قريباً منه كالبحر وفم السبع فنصّ أحمد: على وجوب الأجرة له في المتاع، وأورد في المجرد عن نص



أحمد فيمن خلص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرهما فهو لمالكة الأول ولا شيء للمخلص، والصحيح الأول: لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على مالكة بخلاف اللقطة.

وكذلك لو انكسرت السفينة فخلص قوم الأموال من البحر فإنه تجب لهم الأجرة على الملاك ذكره في المغني؛ لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من التهلكة.

وفي مسودة شرح الهداية لأبي البركات: وعندي أن كلام أحمد على ظاهره في وجوب الأجرة على تخليص المتاع من المهالك دون الآدمي؛ لأن الآدمي أهل في الجملة لحفظ نفسه، وفيه نظر فقد يكون صغيراً أو عاجزاً وتخليصه أهم وأولى من المتاع وليس في كلام أحمد تفرقة. فأما من عمل في مال غيره على غير ما ذكرنا، فالمعروف من المذهب: أنه لا أجرة له.

ونقل أبو جعفر الجرجرائي عن أحمد في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه فقال: لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة، ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها وجعل هذا الحكم مُطَرِّدًا في كل من عمل عملاً لغيره فيه مصلحة له وهو محتاج إليه كحصاد زرعه والاستخراج من معدنه ونحو ذلك، تخريجاً من العمل في القناة ومنهم الحارثي وكأنهم جعلوه بمنزلة تصرف الفضولي، فللمالك حينئذ أن يمضيه ويرد عوضه وهو أجرة المثل، وله أن لا يمضيه فيكون العامل شريكاً بالعمل.

ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه كان جائزاً كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته صرح به صاحب المغني ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقص بذبحه.



## القاعدة الخامسة والسبعون

### من يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه

وهو نوعان:

**النوع الأول:** من أدّى واجباً عن غيره. فيندرج تحته صور:

١ - إذا قضى عنه ديناً واجباً بغير إذنه فإنه يرجع به عليه في أصح الروايتين، واشترط القاضي أن ينوي الرجوع ويشهد على نيته عند الأداء، فلو نوى التبرع أو أطلق النية فلا رجوع له.

٢ - ديون الله ﷻ كالزكاة والكفارة فلا يرجع بها من أداها عمن هي عليه، وعلل القاضي ذلك: بأنه أداها بدون إذن من هي عليه لا يصح لتوقفها على نيته، ويلزم على هذا لو حج رجل عن ميت بدون إذن وليه وقلنا يصح أو أعتق عنه في نذر أو أطعم عنه في كفارة، وقلنا يصح أن له الرجوع بما أنفق لسقوط اعتبار الإذن هنا ويكون كإداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع.

٣ - لو اشترى أسيراً مسلماً حُرّاً من أهل دار الحرب ثم أطلقه أو أخرجه إلى دار الإسلام فله الرجوع إليه بما اشتراه به، سواء أذن له أو لم يأذن؛ لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر، وهل يعتبر للرجوع ههنا نية أم يكفي إطلاق النية؟ على وجهين:

**أحدهما:** تعتبر نية الرجوع لقضاء الديون وهو ظاهر كلام القاضي.

**والثاني:** يرجع ما لم ينو التبرع وبه جزم في المحرر؛ للأثر المروي عن عمر رضي الله عنه، ولأن افتكاك الأسرى مطلوب شرعاً فيرغب فيه بتوسعة طرق الرجوع؛ لثلا تقل الرغبة فيه.

٤ - نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة فأنفق عليهم غيره بنية الرجوع، فله الرجوع كقضاء الديون.

٥ - لو أنفق على عبده الآبق في حال ردّه إليه فإنه يرجع بما أنفق نصّ عليه، ولا يتوقف الرجوع على تسليمه فلو أبق منه قبل ذلك فله الرجوع بما أنفق عليه، وكذلك حكم المنقطع بمهلكة، وحكى أبو بكر وابن أبي موسى في الرجوع بنفقته روايتين، ولو أراد استخدامه بدل النفقة ففي جوازه روايتان.

٦ - نفقة اللقطة حيواناً كانت أو غيره مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة وإصلاح فإن كانت بإذن حاكم رجع بها؛ لأنّ إذنه قائم مقام إذن الغائب وإن لم يكن بإذنه ففيه الروايتان.

وذكر ابن أبي موسى أن الملتقط إذا أنفق غير مطوع بالنفقة فله الرجوع بها، وإن كان محتسباً ففي الرجوع روايتان.

٧ - نفقة اللقيط؛ لأنّ له ولاية على الملتقط ونصّ أحمد: أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال.

٨ - الحيوان المودع إذا أنفق عليه المستودع ناوياً للرجوع فإن تعذر استئذان مالكة رجع، وإن لم يتعذر، فطريقتان: الأولى: على الروايتين في قضاء الدين وأولى؛ لأنّ للحيوان حرمة في نفسه توجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً وهي طريقة صاحب المغني.

وأيضاً فإن الإنفاق على الحيوان المؤتمن عليه عرفي فينزل منزلة اللفظي.

والثانية: لا يرجع قولاً واحداً وهي طريقة المحرر متابعاً لأبي الخطاب - وهو المذهب -.

٩ - نفقة طائر غيره إذا عشن في داره... فإن كان قد علف الفراخ مدة مقامها في يده متطوعاً لم يرجع، وإن لم يتطوع يحتسب بالنفقة أخذ من صاحبها ما أنفق، ولم يفرق بين إمكان الاستئذان وعدمه، وخرج القاضي رواية أخرى: بعدم الرجوع بكل حال من نظيرتها في المرتن وغيره.

النوع الثاني: من أنفق على مال غيره مما تعلق به حقه، وله صور:

- ١ - إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه.
- ٢ - إذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه، فالمذهب: أنه يجبر على ذلك، وفيه رواية أخرى: لا يجبر فينفرد الطالب بالبناء ويمنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة نص عليه؛ لأن من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعاً كالوصي والحاكم في ملك اليتيم.
- ٣ - إذا جنى العبد المرهون ففداه المرتهن بغير إذن الراهن، قال أكثر الأصحاب: إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع، وإن تعذر خرج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون؛ لأن الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه وهو واجب على الراهن لحق المرتهن.
- ٤ - مؤنة الرهن من كري مخزنه وإصلاحه وتشميسه ونحو ذلك يلزم<sup>(١)</sup> الراهن إذا قام بها المرتهن بدون إذنه مع تعذره فهي جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سيأتي صرح به الأصحاب؛ لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن فصار واجباً على الراهن لعلاقة حق المرتهن.
- ٥ - لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتهن بغير إذن، فقال القاضي وصاحب المغني والمحزر: لا يرجع إلا بأعيان آتته؛ لأن بناء الدار لا يجب على المالك، والمجزوم به في الخلاف الكبير للقاضي: أنه يرجع لأنه من مصلحة الرهن.
- وقال ابن عقيل: يحتمل عندي أنه يرجع بما يحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته؛ لأنها نفقة لحفظ مالية وثيقة وذلك غرض صحيح انتهى.
- ولو قيل: إن كانت الدار بعد ما خرب منها تُحَرَّرُ قيمة الدين المرهون به لم يرجع؛ لأنه لا حاجة له إلى عمارتها حينئذٍ، وإن كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيتها للخراب شيئاً فشيئاً حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع.

(١) في المطبوع: (لا يلزم)، ولعل الصواب المثبت.

٥ - عمارة المستأجر في الدار المستأجرة لا يرجع بها نصّ عليه أحمد في غلق الدار إذا عمله الساكن، ولكن حكى صاحب التلخيص: أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح منكسر وإقامة مائل فأما تجديد البناء والأخشاب فلا يلزمه؛ لأنه إجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد وللمستأجر الخيار، قال: ويحتمل أن يلزمه التجديد انتهى.

### فَضَّلَ

وقد يجتمع النوعان في صور فيؤدي عن ملك غيره واجباً يتعلق به حقه وفي ذلك روايتان. فمن ذلك:

١ - أن ينفق المرتهن على الرهن بإطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيواناً، والمذهب عند الأصحاب: الرجوع ونصّ عليه أحمد في رواية أبي الحارث، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وابن هانئ: أنه يركب ويحلب بقدر نفقته. ، ولم يعتبر إذناً كما دلّ عليه النص الصحيح.

٢ - إذا هرب الجمال وترك الجمال فأنفق عليها المستأجر بدون إذن حاكم ففي الرجوع الروايتان.

ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم بخلاف ما ذكره في الرهن واعتبروه أيضاً في المودع واللُّقطة، وفي المغني إشارة إلى التسوية بين الكل في عدم الاعتبار وأن الإنفاق بدون إذنه مخرج على الخلاف في قضاء الدين.

٣ - إذا هرب المساقى قبل تمام العمل، استؤجر عليه من يتمه والحكم فيه كالجمال، إلا أن للمالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المُساقاة لتعذر استيفاء المعقود عليه.

٤ - إذا غاب الزوج فاستدانت الزوجة للنفقة على نفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة، فإنها ترجع بذلك نصّ عليه في رواية أبي زرعة الدمشقي ولم يعتبر إذن الحاكم.

٥ - إذا أعاره شيئاً ليرهنه ثم أفْتَكَّهُ المعير بقضاء الدين فإنه يرجع هنا.

٦ - لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فإنه يرجع.

### القاعدة السادسة والسبعون

**الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين  
إلى دفع مضرة، أو إبقاء منفعة أُجبر أحدهما على موافقة  
الآخر في الصحيح من المذهب**

وفيه رواية أخرى: إن أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر فعله ولم يجبر الآخر معه، لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه فله منعه حتى يعطيه حصة ملكه من النفقة، فإن احتاجا إلى تجديد منفعة فلا إجبار.

ويندرج تحت ذلك صور:

١ - إذا انهدم الحائط المشترك، فالمذهب: إجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر نصّ عليه؛ لأن المالك مستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه.

وله منع الشريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله<sup>(١)</sup> وإن أعاده بآلته الأولى ففيه وجهان:

**أحدهما:** ليس له المنع؛ لأنه عين ملكهما المشترك، وهو قول الأكثرين.

**الثاني:** له المنع حتى يأخذ نصف قيمة التالف؛ لأنه مُتَقَوِّم حيث وقع مأذوناً فيه شرعاً وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والقاضي في خلافه وجزم به صاحب المحرر.

وإذا أعاده بآلة جديدة واتفقا على دفع القيمة جاز، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء أو نصف ما أنفق عليه؟ ذكر القاضي في خلافه فيه روايتين

(١) الآلة: هي مادة البناء من حجارة وأخشاب ونحو ذلك.

مأخذهما هل ذلك من باب الرجوع بما أنفق على ملكه بإذن معتبر أو هو معاوضة عن ملك الثاني؟.

٢ - إذا انهدم السقف الذي بين سفلى أحدهما وعلو الآخر فذكر الأصحاب في الإيجاب الروائيتين، والمنصوص ههنا أنه إن انكسر خشبه فيه فبناؤها بينهما؛ لأن المنفعة لهما جميعاً، وظاهره: الإيجاب، وإن انهدم السقف والحيطان لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان؛ لأنها خاص ملك صاحب السفلى ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف فإن لم يفعل أشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ويجبر صاحب السفلى على بنائه؛ لأنه ستره له نقل ذلك عنه أبو طالب.

ونقل عنه ابن الحكم: أن صاحب السفلى لا يجبر على بناء لأجل صاحب العلو، لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يعطيه ما بنى به السفلى ويكون لهما جميعاً، وهذا يحتمل أنه أراد أن يعطيه ما بنى به الحيطان فيصير البيت كما كان لأحدهما سفله وللآخر علوه وهو ظاهر كلامه، ويحتمل أن يعطيه نصف قيمة بناء السفلى وتكون الحيطان مشتركة بينهما.

٣ - القناة المشتركة إذا تهدمت نصّ أحمد على الإيجاب على العمارة كما سبق ولم يذكر ابن أبي موسى فيه خلافاً - وهو المذهب - وإنما ذكر الروائيتين في الحائط.

٤ - أن ما يقبل القسمة من الأعيان إذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وعلى التزام كلفها ومؤونها لتكميل نفع الشريك، فأما ما لا يقبل القسمة فإنه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه نصّ أحمد على ذلك. وكثير من الأصحاب صرحوا بأنه يباع عند طلب القسمة وإن لم يطلب البيع.

ولهذا مأخذ: أنه إذا تعذر قسمة العين عدل إلى قسمة بدلها وهو القيمة، وهذا مأخذ من قال: يباع بمجرد طلب القسمة، وهو ظاهر كلام أحمد.

٥ - المتميز كمن في أرضه غرس لغيره أو في ثوبه صبغ لغيره إذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه ففي إجباره وجهان؛ لأنه يستدام في الأرض فلا يتخلص أحدهما من صاحبه بدون البيع، بخلاف غرس الغاصب فإنه يتخلص منه بالقلع.

٦ - بيع الغاصب إن طلب مالك الثوب أن يبيع معه لزمه<sup>(١)</sup>، وفي العكس وجهان، وجزم القاضي في خلافه بالإجبار على البيع بطلب الغاصب.

٧ - صبغ المشتري إذا أفلس وأخذ البائع ثوبه وطلب أحدهما البيع أجبر الآخر عليه؛ وهذا لأن الصبغ يستدام في الثوب فلا يتخلص من الشركة فيه بدون البيع، وإنما فرقنا بين طلب الغاصب وغيره على وجه؛ لئلا يتسلط الغاصب بعدوانه على إخراج ملك غيره عنه قهراً.

٨ - قسمة المنافع بالمهياة - بالزمان والمكان - هل تجب الإجابة إليها أم لا؟ المشهور: عدم الوجوب ولم يذكر القاضي وأصحابه في المذهب سواء، وفرقوا بين المهياة والقسمة؛ بأن القسمة إفراز أحد الملكين من الآخر والمهياة معاوضة حيث كانت استيفاء للمنفعة بمثلها في زمن آخر.

ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع في مدة الآخر قبل تمكنه من القبض، فأفتى الشيخ تقي الدين رحمته الله: بأنه يرجع على الأول ببذل حصته من تلك المدة التي استوفاهما ما لم يكن قد رضي بمنفعة الزمن المتأخر على أي حال كان جَعلاً للتالف قبل القبض كالتالف في الإجارة.

وهذا على القول بالجواز ظاهر، ولكن الشيخ رجح اللزوم.

٩ - الزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك أجبر الآخر عليه، ذكره القاضي؛ لأن السقي من باب حفظ الأصل وإبقائه فهو كدعامة السقف إذا انكسر بعض خشبه.

وألحق الشيخ تقي الدين بهذا كل ما فيه حفظ الأصل إذا احتيج إليه مثل

(١) كما لو صبغ الغاصب الثوب.



الحارس والناظر والدليل على الطريق، والرشوة التي يحتاج إليها لدفع الظلم عن المال.

وذكر القاضي أيضاً فيمن اشترى شجراً وعليه ثمر للبائع أن أحدهما إذا طلب السقي لحاجة ملكه إليه أجبر الآخر على التمكين لدخوله على ذلك وتكون الأجرة على الطالب لاختصاصه بالطلب دون صاحبه، وهذا يشمل ما إذا كان نفع السقي راجعاً إليهما.

وعلل ذلك في المغني: بأن السقي لحاجته؛ وظاهره: اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر فإن النفع إذا كان لهما فالمؤنة عليهما كبناء الجدار، وإن عطش الأصل وخيف عليه الضرر بترك الثمر عليه ففي الإجماع على القطع والتبعية وجهان ذكرهما في المغني، وعلل للإجماع؛ بأن الضرر لاحق للثمر لا محالة مع القطع والتبعية والأصل ينحفظ بالقطع فمراعاته أولى.

وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصى بثمر شجر لرجل وبرقبته لآخر: أنه لا يجبر أحدهما على السقي؛ لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر.



## القاعدة السابعة والسبعون

### من اتصل بملكه ملك غيره

من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه، وفي إبقائه على الشركة ضرر إذا لم يفصله ماله، فلمالك الأصل أن يملكه بالقيمة من ماله ويجبر المالك على القبول.

وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل، فالمشهور: أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

١ - غراس المستأجر وبنائه بعد انقضاء مدة الإجارة إذا لم يقلعه المالك فللمؤجر تملكه بالقيمة؛ لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يقلعه المالك فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء.

٢ - غراس المستعير وبنائه إذا رجع المَعِيرُ أو انقضت مدة الإعارة وقلنا تلزم بالتوقيت - والمذهب: أن العارية لا تلزم بالتوقيت -، فالمنصوص عن أحمد: أنه يملك بالقيمة<sup>(١)</sup>، لكن قال في رواية: يملك بالنفقة ولمالكه القلع ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر، وإن لم يكن فيه ضرر فتردد فيه كلام الأصحاب، وظاهر كلام أحمد: أنه لا يقلع بدون شرط.

٣ - غراس المشتري في الأرض المَشْفُوعَة وبنائه حيث يتصور ذلك، إذا انتزع الشَّفِيعُ فإنه يأخذه مع الأرض بقيمته نص عليه، ولمالكه أن يقلعه - المشتري - أيضاً ولا يجبر عليه إلا أن يضمن له النقص.

(١) أي: يملكه مع الأرض بقيمته.

٤ - غراس المفلس وبناءؤه إذا رجع بائع الأرض فيها - أي: باع للمفلس أرضاً، ولم يستوف الثمن فله الرجوع فيها، ولا تكون أسوة الغرماء - فللمفلس والغرماء القلع، فإن أبوه وطلب البائع التملك بالقيمة ملكه، وكذلك إذا طلب القلع مضموناً.

٥ - إذا أصدقها أرضاً، فغرست فيها أو بنت، ثم طلقها قبل الدخول، فطلب الرجوع في نصفها وبذل نصف قيمة الغراس والبناء؛ قال الخرقى: يجبر على القبول، وقال القاضي: يسقط حقه إلى القيمة، فليست المسألة على قوله مما نحن فيه.

٦ - القابض بعقد فاسد من المالك إذا غرس وبنى، فللمالك تملكه بالقيمة؛ كغراس المستعير، ولا يقلع إلا مضموناً لاستناده إلى الإذن، ذكره القاضي وابن عقيل.

٧ - غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال، والمنصوص عن أحمد: أنه يملك بالقيمة ولا يقلع مجاناً.

ولكن الذي ذكره ابن أبي موسى والقاضي والمتأخرون: أن للمالك قلعه مجاناً، ويرجع المشتري بالنقص على من غره. والصحيح الأول، ولا يثبت عن أحمد سواه.

٨ - غراس الغاصب وبناءؤه، والمشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجاناً، وعليه الأصحاب، وعنه رواية ثانية: لا يقلع، بل يملك بالقيمة أيضاً.

٩ - إذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها، قال ابن أبي موسى: إن كان غير عالم بالوصية؛ فهو محترم يملك بقيمته غير مقلوع وجهاً واحداً، وإن كان عالماً بالوصية؛ ف كذلك، ويتوجه أن يقلع بناءؤه، ولكن ما ذكره من أن الوارث إذا بنى وهو عالم بالوصية أن بناءه لا يقلع يشكّل على ذلك؛ لأنه يكون كبناء الغاصب، وأما غير العالم؛ فبناءؤه كبناء المشتري من الغاصب على ما سبق، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور: أن البناء للورثة ولم يتعرض لتملكه عليهم ولا لقلعه، وظاهره أنه محترم، وذلك يرجع إلى أن

الموصى له يملكه من حين القبول، أما إن قيل: يملكه بالموت أو يتبين بقبوله ملكه بالموت، فالبناء في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان.

١٠ - من كان في أرضه نخلة لغيره، فلحق صاحب الأرض ضرر بدخوله، قال أحمد: كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك، فإن أجاب، وإلا جبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه رفق له.

١١ - إذا اشترى حيواناً يؤكل واستثنى رأسه أو أطرافه، فإنه يصح، وإذا امتنع المشتري من الذبح لم يجبر، وكان له قيمة المستثنى، نص عليه.

١٢ - من ملك ثوباً فصبغه ثم زال عنه ملكه بفسخ، هل يملك من عاد إليه الملك تملك الصبغ بالقيمة أم لا؟

قال الأصحاب في بايع المفلس: إذا رجع إليه الثوب وفيه صبغ: إن له تملكه بالقيمة؛ لأنه مُعَدُّ للبيع، ولا بد، فيكون البائع أولى به؛ لاتصاله بملكه، وأما إن رجع إليه بفسخ لعب، فالمشهور: أنه لا يملك تملكه قهراً. وخرج ابن عقيل وجهاً آخر: أنه يملكه بالقيمة.

١٣ - الغاصب إذا صبغ الثوب، فهل للمالك تملك الصبغ بقيمته قهراً أم لا؟

لا؟

فيه وجهان، واختيار القاضي وابن عقيل عدمه، وصح بعض الأصحاب خلافه؛ لأن المشهور: أنه لا يملك قلعه، ويملكه على وجه مضموناً.



## القاعدة الثامنة والسبعون

### من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه وتخليصه من ملك غيره

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** أن يكون بتفريط ممن دخل النقص عليه بإشغال ملكه بملك غيره فالضمان عليه، وإلا فلا.

**القسم الثاني:** أن يوجد إذن ممن دخل النقص عليه في تفريغ ملك غيره من ملكه... فلا ضمان على من أدخل النقص.

**القسم الثالث:** أن يوجد إذن ممن دخل النقص عليه في إشغال ملكه بمال غيره... فوجهان، ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة:

١ - لو باع داراً فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه فإنه يهدم ويضمن للمشتري النقص.

٢ - لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع فحصده فإن لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلها، وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر ذكره القاضي وابن عقيل.

٣ - لو دخل حيوانٌ غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بعضها، أو أدخلت بهيمةٌ غيره رأسها في قدره أو وقع دينار غيره في مَحْبَرَتِهِ وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط أحد فهدمت الدار وكسرت القِدر أو المَحْبَرَةُ فالضمان على صاحب الحيوان والدينار.

٤ - لو حمل السيل إلى أرضه غرس غيره فنبت فيها فقلعه ماله فعليه تسوية حَفْرِهِ.

٥ - لو اشترى أرضاً فغرسها ثم أفلس ورجع فيها البائع، واختار

المفلس والغرماء القلع فعليهم تسوية الحفر وضمان أرش النقص؛ لأنه نقص حصل بفعليهم في ملك البائع ليخلص ملكهم منه.

٦ - لو غصب فصيلاً وأدخله داره وكبر وتعذر إخراجه بدون هدمها فإنها تهدم من غير ضمان لتفريطه، وكذلك إذا غصب غراساً وغرسه في أرضه فإنه يقلع ولا يضمن حفره.

٧ - لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه، وقلنا يملكه فعليهم ضمان نقص الثوب بذلك، كما لو غرس الأرض التي غصبها ثم قلع غرسه.

٨ - لو أعاره أرضاً للغرس ثم أخذ غرسه فإن كان قد شرط عليه - شرط المستعير على المالك - القلع فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر؛ لأن المالك رضي بذلك باشتراطه له، وإن لم يشترط عليه القلع فوجهان: أحدهما: لا يلزمه أيضاً قاله القاضي وابن عقيل؛ لأن الإعارة مع العلم بجواز القلع رضا بما ينشأ عنه من الحفر.

والثاني: يلزمه ذلك وبه جزم صاحب الكافي؛ لأنه قلع باختياره حيث لا يجبر عليه فقد أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ماله، وعلى هذا فلو طلب منه المالك القلع وبذل أرش النقص فينبغي أن لا يلزمه التسوية؛ لأن القلع بأمر المالك مع أن كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك.

٨ - الإعارة للزرع إذا كانت عروقه النامية تضر بالأرض فقد يقال لا يجب - ضمان النقص، ولا تسوية الحفر - لأن الإذن فيه مع العلم بأنه لا يبقى رضاً بما ينشأ من قلعه المعتاد.

٩ - إذا أجره أرضاً للغراس وانقضت المدة، وكان القلع مشروطاً عند انقضائها فلا ضمان، وإن لم يكن مشروطاً ففيه الوجهان أيضاً.

١٠ - إذا غرس المشتري في الأرض ثم انتزعها الشفيع فقلع المشتري غرسه ففيه وجهان:

أحدهما: عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقى؛ لأن قلعه في ملك غيره لتخليص ملكه.

والثاني: لا يلزمه ذلك ذكره القاضي وبه جزم في الكافي مُعللاً بانتفاء عدوانه.

## القاعدة التاسعة والسبعون

## الزعر النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح

وتحت هذه القاعدة أقسام:

**القسم الأول:** أن يزرع عدواناً محضاً غير مستند إلى إذن، وهو زرع الغاصب، فالمذهب: أن المالك إن أدركه نابتاً في الأرض فله تملكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الروايتين، وإن أدركه قد حُصد فلا حق له فيه، ونقل حرب عن أحمد: أن له تملكه أيضاً.

**القسم الثاني:** أن يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه كمن استؤجر لزرع شعير فزرع ذرة أو دُخناً فحكمه حكم الغاصب عند الأصحاب لتعدّيه بزرعه فإنه غير مستند إلى إذن، والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله: أن عليه أجرة المثل للزيادة ولم يذكر تملكاً.

ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها ما لا يتناهى في تلك المدة ثم انقضت فقال الأصحاب: حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الغاصب للعدوان...، فالمالك مخير بين تملكه وتركه بالأجرة فأما القلع فلا.

**القسم الثالث:** أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد كالمالك والوكيل والوصي والناظر إما بمزارعة فاسدة أو بإجارة فاسدة، فقال الأصحاب: الزرع لمن زرعه وعليه لرب الأرض أجرة مثله.

وقد خرج الشيخ تقي الدين وجهاً في المزارعة الفاسدة: أنها تتملك بالنفقة من زرع الغاصب، وقد رأيت أن كلام أحمد إنما يدل عليه لا على خلافه.

**القسم الرابع:** أن يزرع في أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد ثم يتبين بخلافه مثل أن تتبين الأرض مستحقة للغير، فالمنصوص: أن لمالك

الأرض تملكه بالنفقة<sup>(١)</sup> أيضاً، وأما على المنصوص هناك أن غرسه وبناءه محترم كغرس المستعير والمستأجر وبنائهما فيتوجّه على هذا، أن يكون الزرع لمالكه وعليه الأجرة ويرجع بها على الغاصب لتغيره، وبمثل ذلك أفتى الشيخ تقي الدين لكنه جعل الزرع بين المالك والمزارع نصفين بناء على أصله في إتجار الغاصب بالمال أن الربح بينه وبين المالك، وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك.

ويحتمل أن يملكه مالك الأرض أيضاً كالمزروع بعقد فاسد على ما دلّ عليه كلام أحمد.

**القسم الخامس:** أن يزرع في أرض بملكه لها أو بإذن مالكها، ثم ينتقل ملكها دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته والزرع قائم فيها، فالزرع لمالكه ولا أجرة عليه بسبب تجدد الملك بغير إشكال.

ويدخل تحت هذا:

١ - من استأجر أرضاً من مالكها وزرعها ثم مات المؤجّر وانتقلت إلى ورثته.

٢ - ومن اشترى أرضاً فزرعها، ثم أفلس فإن للبائع الرجوع في الأرض والزرع للمفلس.

٣ - ومن أصدق امرأته أرضاً فزرعتها ثم طلقها قبل الدخول والزرع قائم - وقلنا له الرجوع - فإن الزرع مبقى بغير أجرة إلى أوان أخذه، وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها ثم انتقلت إلى غيره ببيع أو غيره يكون الزرع بغير أجرة مبقى فيها إلى أوان أخذه.

**القسم السادس:** أن يزرع في أرض بملكه لها أو بإذن مالكها ثم تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلى غيره.

ومن أمثلة ذلك:

(١) أي: لمالك الأرض تملك الزرع بما أنفق المزارع.



١ - الوقف إذا زرع فيه أهل البطن الأول أو من أجروه ثم انتقل إلى البطن الثاني والزرع قائم، فإن قيل إن الإجارة لا تنسخ وللبطن الثاني حصتهم من الأجرة فالزرع مبقى لمالكه بالأجرة السابقة، وإن قيل بالانفساخ - وهو المذهب - فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر فيبقى بالأجرة إلى أوان أخذه.

وأفتى به في الوقف الشيخ تقي الدين، وأفتى مرة أخرى بأنه يجعل مزارعة بين المزارع ورب الأرض لنموه من أرض أحدهما وبذر الآخر، وكذلك أفتى في الأقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر والزرع قائم فيها.

٢ - الشفيع إذا انتزع الأرض وفيها زرع للمشتري فهو محترم وهل يستحق أجرة المثل على المشتري؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق شيئاً إلحاقاً له ببيع الأرض المزروعة، فإن الأخذ بالشفعة نوع بيع قهري.

والثاني: له الأجرة من حين أخذه، وهو أظهر؛ لأن حق الشفيع في العين والمنفعة جميعاً لوقوع العقد عليهما، وفي ترك الزرع مجاناً تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض فلا يجوز.

القسم السابع: احتتمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الإذن من المالك فيتملكه بقيمته أو بزرع المستعير أو المستأجر بعد انقضاء المدة لانتفاء العدوان من صاحب البذر؟ على وجهين، أشهرهما: أنه كزرع المستعير ذكره أبو الخطاب عن أحمد، لكن هل يترك في الأرض مجاناً أم بأجرة؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يترك مجاناً قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنه وإن انتفى عنه إذن المالك فقد انتفى عنه فعل الزارع فيتقابلان.

والثاني: له الأجرة ذكره أبو الخطاب عن أحمد؛ لأنه زرع حصل ابتداءه في أرض الغير بغير إذنه فأوجب الأجرة كالمشتري من الغاصب وهو لا يعلم.

**القسم الثامن:** من زرع في أرض غيره بإذن غير لازم كالإعارة، ثم رجع المالك فالزرع مُبَقَّى لمن زرعه إلى أوان حصاده بغير خلاف، لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرجوع أم لا؟ على وجهين أشهرهما: الوجوب وهو قول القاضي وأصحابه.

**والثاني:** انتفاء الأجرة؛ لأنه دخل على الانتفاع بغير عوض، وهو اختيار صاحب المحرر وظاهر كلام أحمد في رواية صالح يشهد له.

**القسم التاسع:** من زرع في ملكه الذي منع من التصرف فيه لحق غيره كالراهن والمؤجر وكان ذلك يضر بالمستأجر وبالمرتهن لِتَقْيِصِهِ قيمة الأرض عند حلول الدين فهو كزرع الغاصب: وكذلك غراسه وبنائوه، وفيه نظر:

أمّا في الرهن فيمكن أن يقال إن نقص الأرض ينجر برهنية الزرع فإنه من جملة نماء الأرض فلا يجوز قلعه كذلك مع ما فيه من إتلاف مال الراهن. ولو قيل: إنه لا يدخل في الرهن فيجوز أن يؤخذ من الراهن أجرة مثله أو ما نقص من قيمة الأرض بسببه ويجعل رهناً.

وأمّا المستأجر - ولا سيما - إن كان استأجر لزرع فيجوز أن يقال له تملك الزرع بنفقته إذ هو مالك المنفعة.

وعلى هذا يتخرج ما لو غصب الأرض الموصى بمنافعها أو المستأجرة وزرع فيها فهل يملك الزرع مالك الرقبة أو مالك المنفعة؟



### القاعدة الثمانون

## ما يتكرر حملة من أصول البُقُول

ما يتكرر حملة من أصول البقول - كالنَّعناع، والكُرَّاث - والخَضْرَاوات - كالثَّقَاء والبَادَنْجان - هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر؟ فيه وجهان وينبغي على ذلك مسائل:

١ - هل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا؟ إن ألحقناها بالشجر لتكرر حملها جاز وبه صرح القاضي . . . . . ورجح صاحب التلخيص: أن المَقَاتِي ونحوها لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع فإنها مع أصولها معرضة لآفات كالزرع وهو مقتضى كلام الخرقى وابن أبي موسى - وهو المذهب - .

٢ - إذا باعه الأرض وفيها هذه الأصول فإن قلنا: هي كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل في بيع الأرض مع الإطلاق أم لا؟ وفيه وجهان - والمذهب دخوله - .

وإن قلنا: هي كالزرع لم تدخل في البيع وجهاً واحداً.

٣ - إذا غصب أرضاً فزرع فيها ما يتكرر حملة فإن قيل هو كالشجر فللمالك قلعه مجاناً، وإن قيل هو كالزرع فللمالك تملكه بالقيمة.

٤ - لو اشترى لُقْطَةً ظاهرة من هذه الأصول فتلفت بجائحة قبل القطع، فإن قيل حكمها حكم ثمر الشجر إذا تلفت فمن ضمان البائع، وإن قيل هي كالزرع خرجت على الوجهين في إجابة الزرع.

٥ - لو ساقى على هذه الأصول فإن قيل هي كالشجر صحت المساقاة، وإن قيل هي كالزرع فهي مزارعة.



## القاعدة الحادية والثمانون

## في النِّماء المتصل

النماء المتصل في الأعيان العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالفسخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب.

والمنصوص عن أحمد: أنه لا يتبع وهو اختيار ابن عقيل والشيخ تقي الدين، ويتبع في التوثقة والضمان على المشهور. ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة، فالمشهور عند الأصحاب: أن الزيادة للبائع تبعاً لأصلها ولا يستحق المشتري عليه شيئاً، وصرّح ابن عقيل بأن الزيادة للمشتري.

٢ - المبيع إذا أفلس مشتره قبل نقد الثمن ووجده البائع قد نما نماء متصلاً، قال القاضي وأصحابه: يرجع به ولا شيء للمفلس، وقال الخرقي: ليس له الرجوع.

وذكر القاضي: أنه منصوص أحمد فيكون أسوة بالغرماء.

٣ - ما وهب الأب لولده إذا زاد زيادة متصلة فهل يمنع رجوع الأب أم لا؟ على روايتين - والمذهب ليس له الرجوع - وعلى القول بجوازه فلا شيء على الأب للزيادة؛ لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده فهو بالرجوع والقبض متملك لها.

٤ - إذا أصدقها شيئاً فزاد زيادة متصلة ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع في نصفه وسقط حقه منه إلى قيمة النصف ذكره الخرقي ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه، وخرج صاحب المحرر: الرجوع في النصف من الرواية المحكية عن أحمد في الرجوع في نصف الزيادة المنفصلة وأولى.

وهذا إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها، وإن لم يكن فهو شريك بقيمة النصف يوم الإصداق.

٥ - إذا اشترى فصيلاً - الزرع قبل أن يشتد - بشرط القطع فتركه حتى سنبل واشتدَّ، أو ثمرأ ولم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه فهل يبطل البيع بذلك أم لا؟ فيه روايتان: أشهرهما: أنه يبطل، وله مأخذان: أحدهما: أن تأخيره محرم لحق الله تعالى فأبطل البيع كتأخير القبض في الربويات، ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة وبيعها قبل بُدُو صلاحها وهو محرم، ووسائل المحرم ممنوعة وبهذا علَّل أحمد في رواية أبي طالب.

والمأخذ الثاني: أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف فإن تلفه في هذه الحال يبطل البيع لضمائه على البائع، فعلى المأخذ الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بُدُو الصلاح واشتداد الحب.

ولو كان المشتري رطبة<sup>(١)</sup> أو ما أشبهها - مما يُجَرُّ مراراً - من النعناع والهندبا، أو صُوفاً على ظهر فتركها حتى طالت لم ينفسخ البيع؛ لأنه لا نهى في بيع هذه الأشياء وهذه طريقة القاضي في المجرد.

وعلى المأخذ الثاني يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين، إلا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة كالיום واليومين ونصَّ على ذلك أحمد في رواية أحمد بن سعيد، ولا فرق بين الثمر والزرع وغيرهما من الرُّطبة والبُقُول والصوف، ومتى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشتري وهو مصرح به في المجرد والمغني.

إذا تقرر هذا فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تميزها في نفسها وهي تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة بعده، كذلك قال القاضي في المجرد ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور على ما سيأتي، وهو متمش على المأخذ الثاني في الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد.

(١) الرُّطْبَةُ: بِالْفَتْحِ الْقَضْبُ خَاصَّةً مَا دَامَ طَرِيًّا رَطْبًا - البرسيم -.

وأما على المأخذ الأول فالزيادة هي تفاوت ما بين القيمة قبل بُدُوّ الصلاح وبعده؛ لأنه لم يزل على ملك المشتري إلى وقت إلى ظهور الصلاح، وبذلك جزم في الكافي وحكاها في المغني احتمالاً عن القاضي، أما حكم الزيادة على الروايتين: أما رواية الانفساخ فللبائع وهي اختيار ابن أبي موسى والقاضي ونقلها أبو طالب وغيره عن أحمد لأن البيع متى انفسخ يعود إلى بائعه بنمائه المتصل، وأما على رواية الصحة ففي حكم الزيادة ثلاث روايات: إحداهما: يشتركان بينهما فيها.

**والثانية:** يتصدقان بها وكذلك مال صاحب المغني إلى حملها على الاستحباب؛ لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر في مستحقها.

**والرواية الثالثة:** أن الزيادة كلها للبائع، ووجهه القاضي: بأن الزيادة من نماء ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب.

وحكم العرايا إذا تركت في رؤوس النخل حتى أثمرت حكم الثمر إذا ترك حتى يَبْدُو صلاحه عند القاضي وأكثر الأصحاب.

**القسم الثاني:** العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره وإن لم يكن موجوداً حين الإيجاب أو ما يقوم مقامه - ومن ذلك -:

١ - الموصى به إذا نما نماء متصلاً بعد الموت وقبل القبول فإنه يتبع العين إذا احتمله الثلث ذكره صاحب المغني.

وقال صاحب المحرر: إن قلنا: لا ينتقل الملك إلا من حين القبول فالزيادة محسوبة عليه من الثلث، وإن قلنا: ثبتت - الوصية - من حين الموت فالزيادة له غير محسوبة عليه من التركة؛ لأنها نماء ملكه.

٢ - الشَّقْصُ المشفوع إذا كان فيه شجر فنما قبل أخذ الشريك له بالشفعة فإنه يأخذه بنمائه بالثمن الذي وقع عليه العقد ولا شيء عليه للزيادة، وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فنما وقلنا يتبع في الشَّفعة كما هو أحد الوجهين فيهما - والمذهب لا يتبع -.

ولو تأبّر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشّفيع ففي تبعيته وجهان لتعلق حقه بالطلع ونمائه.

٣ - لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم ثم نما عند المشتري نماء متصلاً حتى زادت قيمته، فإنه يأخذه - المسلم - بالثمن الذي اشتراه به ولا شيء عليه للزيادة نص عليه أحمد في رواية مهتاً.

**القسم الثالث:** تبعية النماء في عقود التوثقة فإنه يتبع في الرهن - فيكون رهنًا مع العين المرهونة كما لو سمنت العين المرهونة - وأموال الزكاة - كما لو سمنت السائمة قبل إخراج الزكاة - والجاني - كما لو جنى ثم سمن، ثم بيع في أرش جنايته فالزيادة تابعة له - والتركة المتعلقة بها حقوق الغرماء - كما لو كانت سائمة وسمنت، ثم رجع الغرماء فيها -، وإن قيل بانتقال ملكها إلى الورثة؛ لأن التعلق فيها إما تعلق رهن أو جناية، والبناء المتصل تابع فيهما صرح به القاضي وابن عقيل.

**القسم الرابع:** عقود الضمان فتتبع في الغصب على ظاهر المذهب.

وحكى ابن أبي موسى فيه رواية أخرى: أنه لا يتبع ولا يكون النماء المتصل الحادث مضموناً إذا ردّ الأصل كما قبضه - ومن ذلك -:

١ - سمن العين المغصوبة في يد الغاصب، فيتبعها في الردّ.

٢ - سمن العارية؛ لأن الانتفاع حاصل به فيصير حكمه حكم الأصل كنماء العين المستأجرة.

٣ - الصيد الذي في يد المُحرّم، وفي نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان معروفان.



## القاعدة الثانية والثمانون

### في النماء المنفصل

النماء المنفصل تارة يكون متولداً من عين الذات كالولد والطلع والصُوف واللبن والبيض، وتارة يكون متولداً من غيرها واستحق بسبب العين كالمهر والأجرة والأرش.

والحقوق المتعلقة بالأعيان ثلاثة: عقود وفسوخٌ وحقوقٌ.

القسم الأول العقود، وهي أنواع:

**النوع الأول:** أن يَرِدَ العقد على العين بعد وجود نمائها المنفصل - كالبيع بعد وجود الولد - فلا يتبعها النماء إلا ما كان متولداً من العين في حال اتصاله بها واستتاره وتغيبه فيها بأصل الخلقة فإنه يدخل تبعاً كالولد واللبن والبيض والطلع غير المؤبّر، أو كان ملازماً للعين لا يفارقها عادة كالشعر والصوف فإنها تلحق بالمتصل في استتباع العين.

أمّا المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف، إلا في التدبير فإن في استتباع الأولاد فيه روايتين.

**النوع الثاني:** أن يحدث النماء بعد ورود العقد في عقود التمليكات المنجزة الواردة على العين والمنفعة فإنه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره كالبيع - فالولد يتبع الحيوان المبيع إذا حدث بعد العقد، فيكون للمشتري، فلو فسخ العقد لم يرد إلى البائع - والهبة والعتق - فولد الأمة تبع لها في الحرية إذا حدث بعد عتق الأمة - وعوضه وعوض الخلع والكتابة - فولد المكاتبه تبع لها يعتق بعثتها - والإجارة - أي: عوض الإجارة - والصدّاق - فولد الحيوان الذي جعل صدّاقاً تبع له، وكذا عوض الخلع وعوض الإجارة - وغيرها.



**النوع الثالث:** أن يحدث النماء بعد ورود العقد في عقود التمليكات المنجزة الواردة على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع، والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة المبيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين - كالكسب، فكسب الأمة الموصى برقبته فقط لا يتبعها في الوصية، إنما يكون لمالك المنفعة -.

وفي استتباع الأولاد - أي: النماء من العين - وجهان بناء على أن الولد جزء أو كسب.

**النوع الرابع:** أن يحدث النماء بعد ورود العقد في عقود التمليكات المنجزة الواردة على المنفعة المجردة فإن عم المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها - فكسب الأمة الموقوفة، يكون للموقوف عليه، والموصى بنفعها كسبها يكون للموصى له - إلا الولد فإن فيه وجهين مصرحاً بهما في الوقف ومخرجين في غيره بناء على أنه جزء أو كسب.

وفي أرش الجناية على الطرف - أي: طرف الأمة الموقوفة - بالإتلاف احتمالان مذكوران في الترغيب هل للموقوف عليه كالفوائد أو يشتري به شقص يكون وقفاً كبذل الجملة، فإن كانت الجناية بغير إتلاف فالأرش للموقوف عليه وجهاً واحداً.

وإن كان العقد على منفعة خاصة لا تتأبد كالإجارة فلا تتبع فيه شيء من النماء المنفصل بغير خلاف - فولد الدابة المستأجرة لا يتبع أمه في عقد الإجارة، بل يستقل به المؤجر.

**النوع الخامس:** أن يحدث النماء بعد ورود العقد في غير عقود التمليكات مما يؤول إلى التملك وكان لازماً لا يستقل العاقد أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب، فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها، ويندرج في ذلك صور:

١ - المكاتبه تملك أكسابها ويتبعها أولادها بمجرد العقد.

٢ - المكاتب يملك أكسابه ويتبعه أولاده من أمته، كما يتبع الحر ولده من أمته، ولا يتبعه ولده من أمة لغيره.

٣ - الموصى بعته إذا كسب بعد الموت وقبل إعتاق الورثة فإن كسبه له؛ لأن إعتاقه واجب لحق الله تعالى، ولا يتوقف على قبول فهو كالمعتق بخلاف الوصية لمعين.

٤ - المعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت كمن قال لعبده إن مت ثم دخلت الدار فأنت حرٌّ، أو أنت حرٌّ بعد موتي بسنة وصحنا ذلك فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للورثة ذكره القاضي وابن عقيل وصاحب المغني كأم الولد، بخلاف الموصى بعته.

وصرح صاحب المستوعب: بأنه باق على حكم ملك الميت لا ينتقل إلى الورثة كالموصى بعته.

وعلى هذا فيتوجه أن كسبه له وما قيل من احتمال موته قبل الصفة معارض باحتمال موت الموصى بعته قبل العتق، وأما إن كانت أمة وولدت بعد الموت فهو تابع لها كأم الولد صرح به القاضي وابن عقيل.

٥ - الموصى بوقفه إذا نما بعد الموت وقبل إيقافه فأفتى الشيخ تقي الدين: أنه يصرف مصرف الوقف؛ لأن نماءه قبل الوقف كنمائه بعده.

٦ - ما نقل يعقوب بن بختان وإبراهيم بن هانئ عن أحمد فيمن جعل مالا في وجه البر فاتجر به الموصى، قال: إن ربح جعل ربحه مع المال فيما أوصى به، وإن خسر كان ضامناً.

٧ - الموصى به لمعين يقف على قبوله، إذا نما بعد الموت وقبل القبول نماء منفصلاً فينبني على أن الملك قبل القبول هل هو للوارث أو للميت أو للموصى له؟ وفيه ثلاثة أوجه، فإن قيل إنه للوارث فهو مختص بنمائه، وإن قيل هو على ملك الميت فنمائه من التركة، وإن قيل، إنه للموصى له بمعنى أننا نبين بقبوله ملكه بالموت، أو قيل إنه لا يتوقف ملكه على قبول فنمائه كله للموصى له - والمذهب: ما بعد الموت وقبل القبول ملكه للورثة ونمائه لهم -.

٨ - النذر والصدقة والوقف إذا لُزمت في عين لم يجز لمن أخرجها عن ملكه أن يشتري شيئاً من نتاجها نصّ عليه أحمد في الصدقة والوقف في رواية حنبل .

٩ - ولو اشترى عبداً فأعتقه ثم بان به عيب فأخذ أرشه فهل يملكه لنفسه أو يجب عليه صرفه في الرقاب؟ على روايتين .

١٠ - ولو اشترى شاة فأوجبها أضحية ثم أصاب بها عيباً فأخذ أرشه اشترى به أضحية فإن لم يمكن تصدق به ذكره القاضي ، وفي الكافي احتمال آخر: أن الأرش له كما في العتق . وأمّا الهدي والأضحى إذا تعين . . . يتبعه نماءه منه كالولد ، فإذا ولدت الأضحية ذبح معها ولدها وهل يكون أضحية بطريق التبّع أم لا؟ فيه وجهان :

أحدهما : هو أضحية قاله في المغني فيجوز أن يأكل منه كامّه .

والثاني : ليس بأضحية قاله ابن عقيل قال : وإن تصدق به صحيحاً فهل يجزئ؟ فيه احتمالان لتردده بين الصدقة المطلقة وبين أن يحذى به حذو الأم ، والأشبه بكلام أحمد : أنه أضحية فإنه قال في رواية ابن مشيش : يذبحها وولدها عن سبعة وقال في رواية ابن منصور : يبدأ بأيهما شاء في الذبح وأنكر قول من قال لا يبدأ إلا بالأم .

وأمّا اللبن فيجوز شربه ما لم يعجفها للنّصّ ، ولأن الأكل من لحمها جائز فيجوز الانتفاع بغيره من منافعتها ومن درها وظهرها ، فأمّا الصوف فنصّ أحمد : على كراهة جَزّه إلا أن يطول ويكون جزه نفعاً لها ، قال الأصحاب : ويتصدق به وفرقوا بين الصّوف واللبن بأن الصّوف كان موجوداً حال إيجابها فورد الإيجاب عليه واللبن يتجدد شيئاً بعد شيء فهو كمنفعة ظهرها .

وقال القاضي في المجرد : ويستحب له الصدقة بالشعر وله الانتفاع به ، وذكر ابن الزاغوني : أن اللبن والصوف لا يدخلان في الإيجاب وله الانتفاع بهما إذا لم يضر بالهدي .

ولو فقاً رجل عين الهدي المعين ابتداء أخذ منه أرشه وتصدق به ذكره القاضي .

**النوع السادس:** أن يحدث النماء بعد ورود العقد في غير عقود التمليكات مما يؤول إلى التملك وكان غير لازم مما يملك العاقد إبطاله إما بالقول أو بمنع نفوذ الحق المتعلق به بإزالة الملك من غير وجوب إبدال فلا يتبع فيه النماء من غير عينه - كالكسب - وفي استتباع الولد خلاف، ويندرج تحت ذلك صور:

١ - المُدْبَرَة فإنه يتبعها ولدها على المذهب المشهور، وعنه رواية أخرى: لا يتبعها، وعلى القول بالتبعية قال الأكثرون: يكون مدبراً بنفسه لا بطريق التبعية بخلاف ولد المكاتبه.

وقال أبو بكر في التنبيه: بل هو تابع محض لها إن عتقت عتق وإن رُقت رُقَّ وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً.

٢ - المعلق عتقها بصفة إذا حملت وولدت بين التعليق ووجود الصفة ففي عتقه معها - أي: الولد - وجهان معروفان، ولو لم توجد الصفة في الأم لم يعتق ولو وجدت فيه الصفة؛ لأنه تابع محض.

٣ - الموصى بعقدها أو وقفها إذا ولدت قبل موت الموصي: لم يتبعها ذكره القاضي في الموصي بعقدها وقياسه الأخرى - الموصى بوقفها -، ويحتمل أن يتبع في الوصية بالوقف بناء على أن المذهب فيه شوب التحرير دون التملك.

٤ - المعلق وقفها بالموت إن قلنا: هو لازم وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني صارت كالمستولدة فينبغي أن يتبعها ولدها، وإن قلنا: ليس بل لازم وكلام أحمد في آخر رواية الميموني يشعر به.

**النوع السابع:** عقود موضوعة لغير تملك العين فلا يملك بها النماء بغير إشكال إذ الأصل لا يملك فالفرع أولى، فإن كان العقد وارداً على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تأييد أو على ما في الذمة - أي: غير معين - فلا يكون النماء داخلياً في العقد وهل يكون تابِعاً للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان:

أحدهما: أنه تابع له فيهما .

والثاني: إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان تبعه، وإلا فلا ويندرج تحت ذلك صور:

١ - المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولداً من عينه كالثمرة والولد، أو من كسبه كالأجرة، أو بدلاً عنه كالأرش .

٢ - الأجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي؛ لأنها غير داخلية فيه بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فإن عليه رعي سخالها؛ لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق .

٣ - المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به؛ لأنه غير داخل في العقد .

٤ - الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالشوب المطار إلى داره؟ على وجهين أيضاً .

٥ - العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به، وهل هو مضمون كأصله أم لا؟ على وجهين .

أحدهما: هو مضمون لأنه تابع لأصله .

والثاني: ليس بمضمون؛ لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة .

٦ - المقبوضة على وجه السّوم - كما لو سام سلعة وقبضها ليربها أهله - إذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل: حكمه حكم أصله إن قلنا: هو مضمون فالولد مضمون - والمذهب: أن المقبوض على وجه السّوم: إن ساومه وقطع ثمنه، أو ساومه فقط ليربها أهله إن رضوه وإلا رده فغير مضمون، وإن أخذه ليربها أهله بلا مُساومة، ولا قطع ثمن فغير مضمون .-

٧ - المقبوض بعقد فاسد في ضمان زيادته وجهان .

٨ - الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه

الأحكام؛ لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المدائنات.

٩ - لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان فأكل من لبنه أو بيضه لم يحنث؛ لأن العقد لم يتعلق به وهذا بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فإنه يحنث بأكل لبنها؛ لأنه لا يؤكل منها في الحياة عادة إلا اللبن، فأما نتاجها ففيه نظر.

### فَصْلٌ

**القسم الثاني:** تبعية النماء المنفصل في الفسوخ، فلا يتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف - كالأجرة -، وأما المتولد من العين - كالولد - ففي تَبَعِيَّتِهِ فيها روايتان في الجملة ترجعان إلى أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه، والأصح عدم الاستتباع، ويندرج تحت ذلك صور:

١ - إذا عَجَلَ الزَّكَاةُ ثم هلك المال وقلنا له الرجوع بها - والمذهب ليس له الرجوع - فإنه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة؟ على وجهين، أظهرهما: لا يرجع.

٢ - المبيع في مدة الخيار إذا نما نماء منفصلاً ثم فسخ البيع هل يرجع به البائع أم لا؟ خرجه طائفة من الأصحاب على وجهين كالفسخ بالعيب، وقد ذكر القاضي في خلافه وابن عقيل في عُمْدِهِ: أن الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله؛ لأنه لم يرض فيه بلزوم البيع بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه، فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل في الخيار بخلاف العيب - والمذهب: أن الفسخ رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصله، وعلى هذا فالنماء للمشتري -.

٣ - الإقالة إذا قلنا هي فسخ - وهو المذهب - فالنماء للمشتري ذكره القاضي في خلافه، ويتخرَّج فيه وجه آخر: أنه يرد مع أصله حكاه أبو البركات في تعليقه عن القاضي في خلافه أيضاً.

٤ - الرد بالعيب، وفي رد النماء فيه روايتان: أشهرهما: أنه لا يرد

كالكسب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً: يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه لحديث المُصَرَّاة<sup>(١)</sup>، وهذا يدل على أن النماء المنفصل يرد مع وجوده ويرد عوضه مع تلفه إن كان تلف بفعل المشتري، وإن كان تلف بفعل الله تعالى لم يضمن؛ لأن المشتري لم يدخل على ضمانه فيكون كالأمانة عنده، وأما إذا انتفع به فإنه يستقر الضمان عليه فيرد عوضه كما دلّ عليه حديث المُصَرَّاة.

وأطلق الأكثرون ذلك من غير تفصيل بين أن يتلف بفعله أو بفعل غيره؛ لأنه سلطه على إتلافه بتغيره فلا يستقر عليه الضمان، كما يرجع المغرور في النكاح بالمهر.

٥ - فسخ البائع لإفلاس المشتري بالثمن هل يتبعه النماء المنفصل؟ فيه روايتان:

إحدهما: يتبع - فإذا ولدت الدابة، ثم فسخ البيع لإفلاس المشتري، فالدابة والولد للبائع - نقلها أبو بكر، وليس في كلام أحمد ما يدل عليها، وتأولها القاضي وغيره على أن الدابة كانت حاملاً وقت عقد البيع.

والثانية: لا يتبع.

٦ - اللُّقْطَةُ إذا جاء مالکها وقد نمت نماء منفصلاً فهل يسترده معها؟ على وجهين:

- والمذهب أن الزيادة المنفصلة لواجدها -.

٧ - رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا كان قد نما نماء منفصلاً هل يسترده معه أم لا؟ فيه وجهان - والمذهب أن الزيادة للولد -.

٨ - إذا وهب المريض جميع ماله في مرضه ونما نماء منفصلاً ثم مات ولم يجز الورثة، وجهان: أظهرهما: أن النماء للمُتَّهَبِ إلى حين الفسخ نبه على هذا الشيخ مجد الدين، والمعروف في المذهب: أن الهبة تقع مراعاة فلا

(١) تقدم تخريجه.

يتبين ملكها إلا حين خروجها من الثلث عند الموت، وإن خرج بعضها فله منها مقدار الثلث ويتبعه نموؤه، والزائد مبني على الخلاف في الإجازة هل هي تنفيذ أو هي عطية مبتدأة - والمذهب: أنه تنفيذ - .

٩ - إذا عاد الصداق أو نصفه إلى الزوج قبل الدخول بطلاق أو فسخ وقد نما عند الزوجة نماء منفصلاً، فهل يرجع بنمائه أو نصفه؟ المذهب أنه لا يرجع به .

الرواية الثانية: أن النماء المنفصل يرجع به الزوج بالفرقة تبعاً للأصل .  
١٠ - من وجد عين ماله الذي استولى عليه الكفار في المغنم قبل القسمة وقد نما نماء منفصلاً، فإن قلنا: لم يملكه الكفار بالاستيلاء فهو له بنمائه، وإن قلنا: ملكوه فإنه يرجع فيه وهل يرجع بنمائه؟ يتخرج على وجهين كبائع المفلس؛ لأن حقوق الغانمين متعلقة بالنماء كتعلق حقوق غرماء المفلس بأمواله .

### فَصَّلْ

**القسم الثالث: الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ، وهو أنواع:**  
**النوع الأول:** أن يكون ملكاً قهرياً فحكمه حكم سائر التملكات - كحق الشُّفعة - .

**النوع الثاني:** أن يكون غير ملك، وكان حقاً لازماً لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاء سرى حكمه إلى الأولاد دون الأكساب لبقاء ملك مالكة عليه .  
**النوع الثالث:** أن يكون غير ملك وكان حقاً غير لازم، بل يمكن إبطاله إمّا باختيار المالك أو برضى المستحق لم يتبع النماء فيه الأصل بحال، ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - الأمة الجانية لا تتعلق الجناية بأولادها ولا أكسابها لصدور الجناية منها، وهذا مفقود في ولدها، وكسبها ملك للسيد بخلاف المكاتبه .

٢ - تركة من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته، فإن قيل هي باقية



على حكم ملك الميت تعلق حق الغرماء بالنماء أيضاً كالمرهون كذا ذكره القاضي .

- والمذهب: أن النماء في التركة كأن نتجت الماشية للورثة ينفردون به ولا يتعلق به حق الغرماء؛ لأنه نماء ملكهم ككسب الجاني .-

**القسم الرابع:** تعلق الضمان بالأعيان للتعدي، فيتبع فيه النماء المنفصل إذا كان داخلياً تحت اليد العدوانية، فمن ذلك:

١ - الغصب يضمن فيه النماء المنفصل على المذهب .

٢ - الأمانات إذا تعدى فيها - كالوديعة إذا استخدمها - ثم نمت فإنه يتبعها في الضمان .

٣ - صيد الحَرَم والإحرام يضمن نماءه المنفصل إذا دخل تحت اليد الحسية، وإن لم يدخل تحت اليد لكنه هلك بسبب إمساك الأم ففيه خلاف مشهور .

**تنبيه:** اضطرب كلام الأصحاب في الطلع والحمل هل هما زيادة منفصلة أو متصلة؟ أما الطلع فللأصحاب فيه طرق:

**أحدها:** أنه زيادة متصلة سواء أُبْر أو لم يُؤبّر، وبه جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الصداق، وأن الزوج يجبر على قبوله إذا بذلته الزوجة بكل حال .

**والثاني:** أنه زيادة منفصلة بكل حال أُبْر أو لم يُؤبّر؛ لأنه يمكن فصله وإفراده بالبيع كذا أطلقه القاضي وابن عقيل .

**الثالث:** أن المؤبر زيادة منفصلة وغير المؤبر زيادة متصلة صرح به القاضي وابن عقيل أيضاً في التفليس .

وأما الحمل فقال القاضي وابن عقيل في الصداق: هو زيادة متصلة، قال القاضي: ويجبر الزوج على قبولها إذا بذلتها المرأة، وخالفه ابن عقيل في الآدميات؛ لأن الحمل فيهن نقص من جهة وزيادة من جهة بخلاف البهائم فإنه فيها زيادة محضة .

وقال القاضي في التفليس: ينبغي على أن الحمل هل له حكم أم لا؟  
 فإن قلنا: له حكم فهو زيادة منفصلة وإلا فهو زيادة متصلة كالسمن<sup>(١)</sup> وفي  
 التلخيص: الأظهر: أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في البيع.  
 والحبُّ إذا صار زرعاً والبيضة إذا صارت فَرْوَجاً فأكثر الأصحاب: على  
 أنها داخلة في النماء المتصل وذكر صاحب المغني وجهاً آخر وصحَّحه: أنه  
 من باب تغير العين بما يزيل الاسم؛ لأن الأول استحال، وكذا ذكر ابن عقيل  
 في موضع آخر.



(١) ينظر: القاعدة الرابعة والثمانون في الحمل.

## القاعدة الثالثة والثمانون

## تَبَعِيَّةُ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ لِلنَّخْلِ عِنْدَ انْتِقَالِ الْمَلِكِ فِيهِ

إذا انتقل الملك عن النخل بعقد أو فسخ تتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة، فإن كان فيه طلع مُؤَبَّر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مُؤَبَّر تبعه مطلقاً.

فتحرر من هذا - أقسام - :

**القسم الأول:** العقود كالبيع والصُّلح والصدّاق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن يفرق فيها بين حالة التأبير وعدمه - فما أُوبّر فللبائع، وما لم يُؤَبَّر فللمشتري، فما لم يُؤَبَّر يلحق بأصله وما أُوبّر لا يلحق - والشُّفعة إلا أن في الأخذ بالشُّفعة وجهاً آخر: أنه يتبع فيه المؤبر إذا كان في حالة البيع غير مُؤَبَّر.

**القسم الثاني:** الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه:

**أحدها:** أن الطلع يتبع فيها مع التأبير وعدمه بناء على أن الطلع زيادة متصلة بكل حال أو على أن الفسخ رفع العقد من أصله.

**والثاني:** لا يتبع بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وإن لم يُؤَبَّر.

**والثالث:** إن كان مُؤَبَّراً تبع وإلا فلا كالعقود.

**القسم الثالث:** الوصية والوقف، فالمنصوص عن أحمد: أنه يدخل فيها

الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت من غير تفريق بين أن يُؤَبَّر أو لا يُؤَبَّر، وقد يُوجه: بأن الوصية عقد تبرع لا يستدعي عوضاً فدخل فيها كل متصل بخلاف عقود المعاوضات. . . . . وكذلك الوقف المنجز، وأولى ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القرية من الوقف والصدقة والوصية.

وأما إن تجدد مستحق من أهل الوقف، وفي النخل طلع فهذا حالتان:  
**إحدهما:** أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره.  
 والمنصوص عن أحمد: أنه إن حدث استحقاقه بعد التأبير لم يستحق من  
 الثمر شيئاً وإن كان قبله استحق.  
**الحالة الثانية:** أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره، وينتقل  
 نصيبه إلى غيره... وهذا موافق لنصه السابق في أن تجدد المستحق للوقف  
 بعد التأبير لا يقتضي استحقاقه منه.

### فَضَّلْ

هذا كله في حكم ثمر النخل، فأما غيره من الشجر فما كان له  
 كمام ينفتح فيظهر ثمره كالقطن فهو كالطلع، وألحق أصحابنا به الزهور  
 التي تخرج منضمة ثم ينفتح كالورد والياسمين والبنفسج والنجس، وفيه  
 نظر: فإن هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها كقشر الرمان  
 فظهوره ظهور للثمرة بخلاف الطلع فإنه وعاء للثمرة وكلام الخرقى يدل  
 على ذلك.

وللأصحاب وجهان في الورق المقصود كورق التوت، هل يعتبر بفتحه  
 كالثمر أو يتبع الأصل لمجرد ظهوره، وهذه الزهور، بمعناه ومنه ما يظهر نوره  
 ثم يتناثر فيظهر ثمره كالتفاح والمشمش ففيه ثلاثة أوجه:

**أحدها:** إن تناثر نوره فهو للبائع، وإلا فلا وبه جزم القاضي في خلافه.  
**الثاني:** أنه بظهور نوره للبائع ذكره القاضي احتمالاً جعلاً للنور كما في  
 الطلع.

**والثالث:** للبائع بظهور الثمرة وإن لم يتناثر النور كما إذا كبر قبل انتشاره  
 وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار صاحب المغني وهو أصح، وقياس ما في  
 بطن الطلع على النور لا يصح؛ لأن النور يتناثر وما في جف الطلع ينمو  
 ويتزايد حتى يصير ثمرًا.

ومنه: ما يظهر ثمره من غير نور فهو للبائع بظهوره سواء كان له قشر

يبقى فيه إلى أكله كالرمان والموز، أو له قشران كالجوز واللوز، أو لا قشر له كالتين والتوت.

**القسم الرابع:** الزرع الظاهر في الأرض إذا انتقل الملك فيها بالبيع ونحوه فهو للبائع؛ لأنه ليس من أجزاء الأرض، وإنما هو مُؤَدَّعٌ فيها فأشبهه الثمرة المؤبَّرة. قال في المغني: لا أعلم فيه خلافاً.

قال أحمد في الوقف: إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد استحق، وإلا لم يستحق؛ لأنه قد انتهى نموه وزيادته ببلوغه للحصاد. وأمّا صاحب المغني فقال: ما كان من الزرع لا يتبع الأرض في البيع<sup>(١)</sup> فلا حق فيه للمتجدد؛ لأنه كالثمر المؤبَّر، وأمّا ما كان يتبع في البيع وهو ما لم يظهر مما يتكرر حمله من الرطبات والخضراوات فيستحق فيه المتجدد، وقياس المنصوص في الزرع: أن يستحق المتجدد في الوقف من الثمر حتى يبدو صلاحه ويجوز بيعه مطلقاً، ولكن أحمد فرّق بينهما كما تقدم فاعتبر في الزرع بلوغ الحصاد وفي الثمر التأبير.

وأفتى الشيخ تقي الدين بأن الثمر إنما يستحقه من بدء الصلاح في زمن استحقاقه حتى لو مات البطن الأول وقد أطلع الثمر بعمله ثم بدا صلاحه بعد موته فإنه يكون للبطن الثاني، وقال في شجر الجوز الموقوف: إنه إن أدرك أو انقطع في حياة البطن الأول فهو له فإن مات وبقي في الأرض مدة حتى زاد كانت الزيادة حادثة في منفعة الأرض التي للبطن الثاني، ومن الأصل الذي لورثة الأول فإذا أن تقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين وإما أن تعطي الورثة أجرة الأرض للبطن الثاني.

وإن غرسه البطن الأول من مال الوقف ولم يدرك إلا بعد انتقاله إلى البطن الثاني فهو لهم وليس لوارثه الأول فيه شيء.

واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه ههنا إنما هو إذا كان

(١) الذي لا يتبع الأرض في البيع من الزرع: ما يجز مرة واحدة كالبر ونحوه، والجزء واللقطة الظاهرتان مما يتكرر حمله.

استحقاقه بصفة محضة مثل كونه ولدًا أو فقيرًا أو نحوه، أمّا إذا كان استحقاق الوقف عوضاً عن عمل وكان المُغلُّ كالأجرة يقسط على جميع السُّنة، أو كان استغلال الأرض لجهة الوقف من ماله فإنه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه حتى من مات في أثناءه استحق بقسطه، وإن لم يكن الزرع قد وجد حتى لو تأخر إدراك ذلك العام إلى أثناء العام الذي بعده لم يستحق منه من تجدد استحقاقه في عام الإدراك واستحق منه من مات في العام الذي قبله، وبنحو ذلك أفتى الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللهُ.

وأفتى الشيخ شمس الدين بن أبي عمر بأن الاعتبار في ذلك بسُّنة المُغلِّ دون السُّنة الهلالية، فإن أخذ أولئك على حساب السُّنة الهلالية لم يبق للمتأخرين إلا شيء يسير.



## القاعدة الرابعة والثمانون

## الحمل له حكم قبل انفصاله

وفصل القول في ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان:

**أحدهما:** ما يتعلق بسبب الحمل بغيره فهذا ثابت بالاتفاق؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الأسباب الظاهرة فإذا ظهرت أمانة الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه في الظاهر، فمن أحكامه:

١ - إذا ماتت كافرة وفي بطنها حمل محكوم بإسلامه لم تدفن في مقابر الكفار لحرمه الحمل.

٢ - إخراج الفطرة عن الحمل وهي مستحبة وفي وجوبها روايتان - والمذهب عدم الوجوب -.

٣ - فطر الحامل إذا خافت على جنينها من الصوم ويجب عليها القضاء، والكفارة على من تلزمه نفقة الحمل - على المذهب -.

٤ - إذا اشترى جارية فبانت حاملاً فنصّ أحمد في رواية أبي طالب: أن البائع إن أقر بوطنها ردت إليه؛ لأنها أم ولد له وإن أنكر فإن شاء المشتري ردّها وإن شاء لم يردها، قال ابن عقيل: عندي لا يجب الرد حتى تضع ما تصير به الأمة أم ولد لجواز أن لا يكون كذلك.

٥ - لو وطئ الراهن أمته المرهونة فأحبّلها خرجت من الرهن - لأنها أصبحت أم ولد، وأمّ الولد لا تباع فلا ترهن - ولزمه قيمتها تكون رهناً كذا قاله كثير من الأصحاب، ومنهم من قال يتأخر الضمان حتى تضع فيلزمه قيمتها يوم أحبلها.

٦ - إذا وطئ جارية من المغنم فحملت فإنها تقوم عليه في الحال وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن أحمد، وقال القاضي في خلافه: لا تصير

مستولدة بناء على أن الغنيمة لا تملك بدون القسمة لكن يمنع من بيعها، لكونها حاملاً بحرّ ولا يؤخر قسمتها فتعين أن يحسب عليه من نصيبه.

٧ - إذا قال لزوجته: إن كنت حاملاً فأنت طالق، فالمنصوص عن أحمد في رواية مهنا: أنه ينظر إليها النساء فإن خفي عليهن فإن جاءت به لتسعة أشهر أو لستة أشهر حنث فأوقع الطلاق بشهادة النساء بالحمل، أو بولادتها لغالب مدة الحمل عند خفائه، وصحّح القاضي في موضع من الجامع هذه الرواية.

وقال أكثر الأصحاب: إن ولدت لأكثر من نهاية مدة الحمل - أربع سنوات - لم تطلق، وإن ولدت لدون أكثر مدة الحمل فإن كان لم يطأها بعد اليمين طُلقت، وإن وطئها بعد اليمين فإن ولدت لدون ستة أشهر من أول الوطء طُلقت، وإن ولدت لأكثر منه فوجهان: أشهرهما: لا تُطلق.

وفيه وجه آخر: لا تطلق حتى تضعه لدون ستة أشهر بكل حال؛ لأنه لا يتعين وجوده عند اليمين بدون ذلك، والطلاق لا يقع مع الشك والاحتمال.

٨ - إذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره فمات ولا أب له، وقد كان تقدم من الزوج وطء هذه الزوجة فإنه يمنع من وطئها بعد موت ولدها حتى يتبين هل هي حامل من وطئه المتقدم أم لا لأجل ميراث الحمل من أخيه.

وكذلك إذا كان عبد تحت حرة قد وطئها وله أخ حرّ فيموت أخوه الحر، فإنه يمنع من وطء زوجته حتى يتبين هل هي حامل أم لا لأجل ميراث الحمل من عمه، ثم إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من حين الموت فإنه يرث بلا إشكال، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أكثر مدة الحمل فإن كفّ الزوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل؛ لأن الظاهر أنها كانت حاملاً.

**النوع الثاني:** الأحكام الثابتة للحمل في نفسه من ملك، وتملك، وعتق، وحكم بإسلام، واستلحاق نسب، ونفيه، وضمان، ونفقة، وهذا النوع هو مراد من حكى الخلاف في الحمل هل له له حكم أم لا؟ وبعض هذه الأحكام ثابتة بغير خلاف ولنذكر جملة من هذه الأحكام.



١ - وجوب النفقة له فتجب نفقة الحمل على الأب، وإن كانت أمه لا نفقة لها كالبائن بالاتفاق، وهذه النفقة للحمل لا لأمه على أصح الروايتين، ولهذا تدور معه وجوداً وعدمًا فعلى هذه تجب مع نشوز الأم وكونها حاملاً من وطء شبهة أو نكاح فاسد، ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الإعسار، وتسقط بيسار الحمل إذا حكم له بمال، ويجب الإنفاق في مدة الحمل ولا يقف على الوضع نصّ عليه أحمد.

وفي نفقة أم الولد الحامل ثلاث روايات عن أحمد:

إحداها: لا نفقة لها نقلها حرب وابن بختان.

والثانية: ينفق عليها من نصيب ما في بطنها.

والثالثة: إن لم تكن ولدت من سيدها قبل ذلك فنفتها من جميع المال إذا كانت حاملاً، وإن كانت ولدت قبل ذلك فهي في عداد الأحرار ينفق عليها من نصيبها.

٢ - وجوب نفقة الأقارب على الحمل من ماله.

٣ - ملكه بالميراث وهو متفق عليه في الجملة لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه ويتبين ذلك بخروجه حيّاً أو لا يثبت له الملك حتى ينفصل حيّاً؟ فيه خلاف بين الأصحاب وهذا الخلاف مُطَرَّد في سائر أحكامه الثابتة له، والذي يقتضيه نص أحمد في الإنفاق على أمه من نصيبه: أنه يثبت له الملك بالإرث من حين موت أبيه وصرّح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب.

ونقل عن أحمد ما يدل على خلافه.

٤ - ثبوت الملك له بالوصية وفيه الخلاف السابق بالتوريث، واختار القاضي: أن الوصية له تعليق على خروجه حيّاً والوصية قابلة للتعليق، وتارة خالفه وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصي وقبول الولي له، وصرّح به أبو المعالي التنوخي وبأنه ينعقد الحَوْل عليه من حين الحكم بالملك إذا كان مالاً زكويّاً وكذلك في المملوك بالإرث.

٥ - الإقرار المطلق للحمل هل يصح أم لا؟ على وجهين. قال التميمي: لا يصح، وقال ابن حامد والقاضي: يصح.

٦ - استحقاق الحمل من الوقف، والمنصوص عن أحمد كما سبق: أنه لا يستحق حتى يوضع، وهو قول القاضي والأكثرين، وقال ابن عقيل: يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً حتى صحح الوقف على الحمل ابتداءً، وأفتى الشيخ تقي الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً.

٧ - الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات موروثه بعد المطالبة بها، قال الأصحاب: لا يؤخذ له ثم منهم من علّل بأنه لا يتحقق وجوده، ومنهم من علّل بانتفاء ملكه ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناءً على أن له حكماً وملكاً.

٨ - اللّعان على الحمل، وفيه روايتان. إحداهما: لا يصح نفيه ولا الالتعان عليه؛ لأنه غير محقق، وعلّل باحتمال كونه ريحاً وهذا هو المذهب عند الأصحاب.

**والثانية:** يلاعن على الحمل؛ لأن لحوق النسب أسرع ثبوتاً من نفيه.

٩ - وجوب الغرّة بقتله إذا ألقته أمّه ميتاً من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة.

وإن ماتت أمّه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وذلك يوجب الضمان، ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت الضمان في الظاهر فلو ماتت الأم وجنينها وجب ضمانهما لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال، قال القاضي والأصحاب: يكفي أن يظهر منه يدٌ أو رجلٌ أو يكون في امرأة قد انشق جوفها فشوه الجنين وإن لم يفصل؛ لأن العلم بحاله يحصل بذلك.

**فرع:** وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات؟ ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص؛ لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس، والمشهور: أنه يضمن بما نقص أمه أيضاً؛ لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص.

ولو ألت البهيمة بالجناية جنيناً حياً ثم مات، فاحتمالان أحدهما: يضمن قيمة الولد حياً لا غير.

**والثاني:** عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم.

ولو قتل - المحرم - صيداً ماخضاً ففيه ثلاثة أوجه:

**أحدها:** يفديه بمثله من النعم ماخض، وهو قول أبي الخطاب.

**والثاني:** يفديه بقيمته مثله؛ لأن اللحم الماخض يفسد فقيمة المثل أزيد

من قيمة لحمه وهو قول القاضي.

**والثالث:** يفديه بمثله غير ماخض؛ لأن هذه الصفة عيب في اللحم فلا

يعتبر في المثل كسائر العيوب ذكره في المغني احتمالاً.

١٠ - هل يوصف قتل الجنين بالعمدية أم لا؟، قال أحمد في رواية ابن

منصور في امرأة شربت دواء فأسقطت: إن كانت تعمدت فأحب إلي أن يعتق

رقبة، وإن سقط حياً ثم مات فالدية على عاقلتها لأبيه ولا يكون لأمه شيء؛

لأنها القاتلة.

قيل له: فإن شربت عمداً؟ قال: هو شبه العمد شربت ولا تدري يسقط

أم لا.

عسى لا يسقط. الدية على العاقلة، والظاهر أنه لم يجعله عمداً؛ للشك

في وجوده لا للشك في الإسقاط بالدواء.

١١ - عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حياً؟

في المسألة روايتان: إحداهما: ينفذ من حينه وهو المذهب.

**والثانية:** لا يعتق حتى تضعه حياً.

ويتفرع على هذا الأصل فروع:

**الفرع الأول:** لو زوج ابنه بأمته فولدت ولداً بعد موت الجد سيد الأمة،

فإن قلنا: يعتق الحمل - من حينه - فقد عتق على جدّه نصّ على ذلك أحمد

في رواية أبي طالب وصالح، وإن قلنا: لا يعتق حتى يوضع فهو تركة موروثة

عن سيده فيرث منه أبوه وأعمامه بقدر حصصهم ويعتق عليهم بالملك نص

على ذلك أحمد في رواية المروزي وهذا؛ لأننا إن قلنا: ليس للحمل حكم فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلين وإلا فهو موجود حقيقة ومودع في أمه فالملك فيه قائم.

... فظهر بهذا أن للأصحاب في معنى كون الحمل له حكم أو لا حكم له طريقين:

أحدهما: أنه هل هو كجزء من أجزاء أمه أو كالمعدوم وإنما يحكم بوجوده بالوضع.

والثاني: وهو المنصوص أنه مملوك منفصل عن أمه ومودع فيها ولكن هل يثبت له حكم الولد المستقل بدون انفصاله أو لا يثبت له ذلك حتى ينفصل؟

الفرع الثاني: إذا أعتق الأمة الحامل عتق حملها معها.

ولكن هل يقف عتقه على انفصاله أو يعتق من حين عتق أمه على ما تقدم.

الفرع الثالث: أعتق الأمة واستثنى حملها صح وكان الولد رقيقاً نص عليه.

الفرع الرابع: أعتق الموسر أمة حملها لغيره فهل يعتق بالسراية أم لا؟ إن قلنا: إنه مستقل بنفسه لم يسر إليه العتق وهذا اختيار السامري.

وقال القاضي والشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: يعتق ويضمنه لمالكه بناء على أنه كجزء منها.

الفرع الخامس: لو أعتق الحمل وحده صح ونفذ وهل يعتق من حينه أو يقف على خروجه حياً؟ مبني على ما سبق.

١٢ - ورود العقود على الحامل كالبيع والهبة والوصية والإصداق، قال القاضي وابن عقيل: إن قلنا: للحمل حكم فهو داخل في العقد ويأخذ قسماً من العوض، وإن قلنا: لا حكم له لم يأخذ قسماً من العوض وكان بعد وضعه حكمه حكم النماء المنفصل، فلو ردت العين بعيب أو إفلاس أو

طلاق، فإن قلنا: له حكم رد مع الأصل، وإلا كان حكمه حكم النماء. وقياس المنصوص عن أحمد: أن حكمه حكم الأجزاء لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع العين وإن قلنا: لا حكم له إذ المراد بذلك أنه لا يثبت له حكم الأولاد؛ لأنه معدوم، وهذا أصح وهو ظاهر كلام الأكثرين.

١٣ - جنين الدابة المذكاة هل يحكم بذكاته معها قبل الانفصال أم لا؟

قال ابن عقيل: لا يحكم بذكاته إلا بعد الانفصال، وظاهر كلام أحمد خلافه وهذا يرجح أنه جزء من الأم وأن تذكيته تابع لتذكيته، هل يجب فيه إرافة دمه إذا خرج أم لا؟ وكلام أحمد في ذلك يدل على روايتين، وأكثر النصوص عنه: تدل على الاستحباب فقط وفي بعضها ما يشعر بالوجوب.

١٤ - إذا ماتت الحامل وصلي عليها هل ينوي الصلاة على حملها؟ قال

ابن عقيل: لا، وعلل بالشك في وجوده وهذا مُتَوَجَّه على القول بأنه كالمعدوم قبل الانفصال، وعلى القول بأنه كالجُزء من الأم أيضاً.

وأما إن قيل بأنه ولد مستقل ففيه نظر.

وقد يقال: شرط ثبوت الأحكام له ظهوره ولم يوجد فهذا مُتَوَجَّه.



## القاعدة الخامسة والثمانون

## الحقــــــــــــــــوق

الحقوق خمسة أنواع:

**أحدها:** حق ملك كحق السيد في مال المكاتب - فللسيد أن يملك مال مكاتبه إذا عجز عن تسديد دين الكتابة - ومال القنِّ إذا قلنا يملك بالتمليك، - فللسيد أن يملك من مال قنه ماشاء - وما يمتنع إرثه لمانع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية - فللورثة أن يملكوا التركة المستغرقة بالدين إذا ضمنوا سداد الدين -، وكالمُحَرَّم إذا مات موروثه، وفي ملكه صيد على أظهر الوجهين .

**والثاني:** حق تملك كحق الأب في مال ولده وحق القابل للعقد إذا أوجب له - فبعد إيجاب البائع مثلاً للمشتري حق التملك بالقبول - وحق العقاد في عقد يملك فسخه ليعيد ما خرج عنه إلى ملكه، مع أن في هذا شائبة من حق الملك - فالبائع له حق الفسخ ليرد السلعة إذا ظهر عيب بالثمن - وحق الشَّفيع في الشَّقْص - فللشريك حق انتزاع الشَّقْص ممن انتقل إليه - وهنا صور مختلف فيها هل يثبت فيها الملك، أو حق التملك؟ .

١ - حق المضارب في الربح بعد الظهور، وقبل القسمة، وفيه روايتان .

**إحدهما:** أنه يملكه بالظهور - وهو المذهب - .

**والثانية:** لم يملكه وإنما ملك أن يملكه وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه، ولو أتلف المالك المال غَرَمَ نصيبه وكذلك الأجنبي، ولو أسقط المضارب<sup>(١)</sup> حقه منه فإن قلنا: هو ملكه لم يسقط، وإن قلنا: لم يملكه بعد ففي التلخيص احتمالان:

أحدهما: يسقط كالغنيمة.

والثاني: لا؛ لأن الربح هنا مقصود وقد تأكد سببه بخلاف الغنيمة فإن مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله لا المال.

٢ - حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة، وفيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب: أنه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاء، لكن هل يشترط الإحراز أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يشترط وتملك بمجرد تَقْضِي الحرب وهو قول القاضي.

والثاني: يشترط - وهو المذهب - فعلى هذا لا يستحق منهم إلا من شهد الإحراز.

ونص أحمد في رواية يعقوب بن بختان فيمن قتل في المعركة: يعطى ورثته نصيبه.

والوجه الثاني: لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك، وهو اختيار القاضي في خلافه.

فعلى هذا إنما يثبت لهم حق التملك كالشَّفيع فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة فلا حق له.

٣ - حق من وجد ماله بعينه في المغنم قبل القسمة مما ملكه الكُفَّار بالاستيلاء عليه، فإنه يثبت له فيه حق التملك عند الأصحاب، وخرجه شيخ الإسلام ابن تيمية على الخلاف في حق الغانمين.

٤ - حق الزوج في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول هل يثبت له فيه الملك قهراً، أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه؟ فيه وجهان، والأول: هو المنصوص - وهو المذهب - وعلى الثاني: تكفي فيه المطالبة واختيار التملك.

٥ - حَقُّ الْمُتَلَقِّط في اللُّقْطَة بعد حول التعريف، وفيه وجهان أشهرهما: أنه يثبت له الملك بغير اختياره، والثاني: لا يدخل حتى يختار، وهو اختيار أبي الخطاب فيكون حقه فيها حق تملك.

٦ - الموصى له بعد موت الموصي، وفيه وجهان: أحدهما: أنه يثبت له الملك، وقيل: إنه ظاهر كلام أحمد.

والثاني: إنما يثبت له حق التملك بالقبول، وهو المشهور عند الأصحاب.

٧ - من نبت في أرضه كلاً أو نحوه من المباحات أو تَوَحَّل فيها صيد أو سمك ونحوه فهل يملكه بذلك؟ أكثر النصوص عن أحمد يدل على الملك، وعلى الرواية الأخرى: إنما يثبت حق التملك وهو مقدم على غيره بذلك؛ إذ لا يلزمه أن يبذل من الماء والكلاً إلا الفاضل عن حوائجه - وهو المذهب -.

ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بحيازته إليه، فقال القاضي والأكثر: يملكه، وخرّج ابن عقيل: أنه لا يملكه؛ لأنه سبب منهي عنه فلا يفيد الملك ويشبه هذا الخلاف في الطائفة التي تغزو بدون إذن الإمام هل يملكون شيئاً من غنيمتهم أم لا؟ وقرر القاضي في موضع من خلافه: أن الأسباب الفعلية تفيد الملك، وإن كانت محظورة كأخذ المسلم أموال أهل الحرب غصباً، وإن دخل إليهم بأمان بخلاف القولية.

وفي موضع آخر صرح بخلاف ذلك، وأنه لا يملك به المسلم، وهو الصحيح من المذهب.

٨ - متحجر الموات، المشهور: أنه لا يملكه بذلك - وهو المذهب - ونقل صالح عن أبيه: ما يدل على أنه يملكه، وعلى الأول هو أحق بتملكه بالإحياء فإن بادر الغير فأحياه ففي ملكه وجهان معروفان.

هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقفاً على اختياره.

فأما إن ثبت له رغبة في التملك ووعد به ولم ينعقد السبب كالمستام والخاطب إذا ركن إليهما فلا يجوز مزاحمتها أيضاً ولكن يصح - عقده - على المنصوص، وخرج القاضي وجهاً بالبطلان من البيع على بيعه والفرق بينهما واضح؛ لأن الحق في البيع انعقد وأخذ به ولا كذلك ههنا.

النوع الثالث: حق الانتفاع، ويدخل فيه صور:



١ - وضع الجار خشبه على جدار جاره إذا لم يضر به للنص الوارد فيه .

٢ - إجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلى ذلك في إحدى الروايتين؛ لقضاء عمر، قال الشيخ تقي الدين: وكذلك إذا احتاج أن يجري ماءه في طريق مائه، مثل أن يجري مياه سطوحه أو غيرها في قناة لجاره أو يسوق في قناة عذبة ماء، ثم يقاسمه جاره، ولو وضع على النهر عبارة يجري فيها الماء فخرّجها الأصحاب على الروايتين .

٣ - لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه، أو شجراً عليه ثمر لم يبد صلاحه كان ذلك مُبَقًى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغيره أجرة ولو أراد - البائع - تفريغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها لم يكن له ذلك، كما لا يملك الجار إعارة غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره، وكذلك لو باع زرعاً قد بدا صلاحه في أرض فإن عليه إبقاءه إلى وقت صلاحه للحصاد .

فأما إن باع شجرة فهل يدخل منبتها في البيع؟ على وجهين ذكرهما القاضي، وحكى عن ابن شاقلا أنه لا يدخل - وهو المذهب - وظاهر كلام أحمد: الدخول حيث قال فيمن أقرّ بشجرة لرجل هي له بأصلها وعلى هذا لو انقلعت فله إعادة غيرها مكانها .

**النوع الرابع:** حق الاختصاص: وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قبل للتمول والمعاوضات، ويدخل تحت ذلك صور:

١ - الكلب المباح اقتناؤه كالمُعَلَّم لمن يصطاد به فإن كان ممن لا يصطاد به أو كان الكلب جرواً يحتاج إلى تعليم فوجهان .

٢ - الأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد وغيره على القول بالجواز، فأما نجاسة العين كدهن الميتة فالمنصوص: أنه لا يجوز الانتفاع به، ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدل على جوازه .

٣ - جلد الميتة المدبوغ إذا قيل يجوز الانتفاع به في الياسات، فأما ما

لا يجوز الانتفاع به من النجاسات بحال فلا يد ثابتة عليه، وآية ذلك: أنه لا يجب رده على من انتزعه ممن هو في يده بخلاف ما فيه نفع مباح فإنه يجب رده نعم لو غصب خمراً فتخللت في يد الغاصب وجب ردها ذكره القاضي وابن عقيل والأصحاب؛ لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب فكأنها تخللت في يده.

واختلطت عبارات الأصحاب في زوال الملك بمجرد التخمير، فأطلق الأكثرون الزوال، منهم القاضي وابن عقيل.

وظاهر كلام بعضهم: أن الملك لم يزل منهم صاحب المغني.

وبكل حال فلو عادت حلاً عاد الملك الأول، وذكر هو وابن عقيل أيضاً فيه لو وهب الخمر وأقبضها أو أراقها فجمعها آخر فتخللت في يد الثاني فهل هي ملك له أو للأول؟ على احتمالين، وفرقاً بين ذلك وبين الغصب بأن الأول زالت يده عنها بالإراقة والإقباض وثبتت يد الثاني، بخلاف الغصب. ورجح صاحب المغني: أن الرهن لا يبطل بتخمير العصير وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر لإمكان عودها ملاً.

٣ - مرافق الأملاك كالطرق والأفنية ومسيل المياه ونحوها هل هي مملوكة أو ثبت فيها حق الاختصاص؟ وفي المسألة وجهان:

أحدهما: ثبت حق الاختصاص فيها من غير ملك وبه جزم القاضي وابن عقيل، وطرد القاضي ذلك حتى في حريم البئر، ورتب عليه أنه لو باعه أرضاً بفنائها لم يصح البيع؛ لأن الفناء لا يختص به إذ استطرافه عام بخلاف ما لو باع بطريقها، وأورد ابن عقيل احتمالاً بصحة البيع بالفناء؛ لأنه من الحقوق فهو كمسيل المياه.

والوجه الثاني: الملك وصرح به الأصحاب في الطرق وجزم به في الكل صاحب المغني.

٤ - مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها فالسابق إليها أحق بها، وهل ينتهي حقه بانتهاء النهار أو يمتد

إلى أن ينقل قماشه عنها؟ على وجهين، وظاهر كلام أحمد في رواية حرب: الأول لجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه، وعلى الثاني - وهو المذهب - فلو أطل الجلوس فهل يصرف أم لا؟ على وجهين؛ لأنه يفضي إلى الاختصاص بالحق المشترك.

٤ - الجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه إلى أن يقوم عنه باختياره قاطعاً للجلوس، أما إن قام لحاجة عارضة ونيته العود فهو أحق بمجلسه، ويستثنى من ذلك الصبي إذا قام في صف فاضل أو في وسط الصف فإنه يجوز نقله عنه صرّح به القاضي، وهو ظاهر كلام أحمد، وعليه حمل فعل أبي بن كعب بقيس بن عباد.

#### النوع الخامس: حق التعلق لاستيفاء الحق، وله صور:

١ - تعلق حق المرتهن بالرهن، ومعناه: أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفي جميعه.

٢ - تعلق حق الجناية - بالعبد - الجاني، ومعناه: أن حقه انحصر في ماليته وله المطالبة بالاستيفاء منه ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الأرض على ظاهر كلام الأصحاب، ويباع جميعه في الجناية ويوفى منه الحق ويرد الفضل على السيد، وللاصحاب في العبد المرهون إذا جنى وكان في قيمته فضل عن الأرض هل يباع جميعه أو بمقدار الأرض؟ فيه وجهان لكن بيع جميعه يندفع به عن السيد ضرر نقص القيمة بالتشقيص.

٣ - تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمنع انتقالها بالإرث؟ على روايتين - والمذهب: أنه لا يمتنع انتقالها -، وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك وصرّح الأكثرون: بأنه كمتعلق الرهن، ويفسر بثلاثة أشياء:

أحدها: أن تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها، فلا ينفك منها شيء حتى يُوفَّى الدين كله.

الثاني: أن الدين في الذمة ويتعلق بالتركة وهل هو باق في ذمة الميت،

أو انتقل إلى ذمم الورثة، أو هو متعلق بأعيان التركة لا غير، فيه ثلاثة أوجه:

**الثالث:** أنه يمنع صحة التصرف.

وهل تعلق حقهم بالمال من حين المرض أم لا؟ تردد الأصحاب في ذلك، ونقل الميموني عن أحمد فيمن عليه دين يحيط بجميع ما ترك: يجوز له أن يعتق ويهب؛ يعني: الميت، قال: نعم، قلت: هذا ليس له مال؟ قال: ليس ثلثه له؟!

قال الشيخ تقي الدين: هي تدل على أن الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال إلا بعد الموت؛ لأن حقهم في الحياة في ذمته، والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين فيبقى الثلث الذي ملكه الشارع لا مانع له من التصرف فيه فينفذ تصرفه فيه منجزاً لا مُعلقاً بالموت بخلاف الزائد على الثلث إذا لم يكن عليه دين فإن حق الورثة يتعلق به في مرضه إذ لا حق لهم في ذمته.

قلت: وتردد كلام القاضي وابن عقيل في خلافيهما في المريض هل لورثته منعه من إنفاق جميع ماله في الشهوات أم لا؟ ففي موضع جزماً بثبوت المنع لهم لتعلق حقوقهم بماله وأنكر، ذلك في مواضع.

٤ - تعلق حق الموصى له بالمال هل يمنع الانتقال إلى الورثة؟ جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين.

وجزم القاضي في خلافه: بعدم انتقاله إلى الورثة مُفرقاً بين الدين والوصية: بأن حق الموصى له في عين التركة، ولا يملك الورثة إبدال حقه بخلاف الدين، فإن حق صاحبه في التركة والذمة وللورثة التوفية من غيره.

٥ - تعلق الزكاة بالنصاب هل هو تعلق شركة، أو ارتهان، أو تعلق استيفاء كالجناية؟ اضطرب كلام الأصحاب في ذلك اضطراباً كثيراً.

ويحصل منه ثلاثة أوجه:

**أحدها:** أنه تعلق شركة، وصرّح به القاضي في موضع من شرح المذهب.

**والثاني:** تعلق استيفاء وصرّح به غير واحدٍ منهم القاضي، ثم منهم من

يشبهه بتعلق الجناية - برقبة العبد الجاني، وهو المذهب - ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة.

**والثالث:** أنه تعلق رهن، وينكشف هذا النزاع بتحرير مسائل:

أ - أن الحق هل يتعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة فيه غير معين؟ وقد نقل القاضي وابن عقيل: الاتفاق على الثاني.

ب - أنه مع التعلق بالمال هل يكون ثابتاً في ذمة المالك أم لا؟ وظاهر كلام الأكثرين: أنه على القول بالتعلق بالعين لا يثبت في الذمة منه شيء إلا أن يتلف المال أو يتصرف فيه المالك بعد الحول.

فظاهر كلام أبي الخطاب وصاحب المحرر: أنا إذا قلنا: الزكاة في الذمة فيتعلق بالعين تعلق استيفاء محض كتعلق الديون بالتركة، وهو اختيار الشيخ تقي الدين وهو حسن.

ج - منع التصرف - والمذهب: أن لا منع كما سبق -.

٦ - تعلق حق غرماء المفلس بماله بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه.

٧ - تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له - أي: الرقيق المأذون له في التجارة - وقد ذكر القاضي في المجرد: أن هذا التعلق هل يصح شراء السيد منه كمال المكاتب مع سيده أو لا؟ كالمرهون بالنسبة إلى الراهن على احتمالين وهذا لا يتوجه على ظاهر المذهب، وهو تعلق ديونه بذمة السيد، وإنما يتوجه على قولنا: يتعلق برقبة العبد، وقد صرح في الخلاف الكبير: ببناء المسألة على هذا.

٨ - تعلق حقوق الفقراء بالهدي والأصاحي المعينة ويقدمون بما يجب صرفه إليهم منها على الغرماء في حياة الموجب وبعد وفاته - فيما إذا أكل جميع الأضحية، أو الهدي، فإنه يَغْرُمُ للفقراء ما يقع عليه اسم اللحم، ويقدمون على الغرماء -.

## القاعدة السادسة والثمانون

## أنواع الملك

الملك أربعة أنواع:

١ - ملك عين ومنفعة.

٢ - وملك عين بلا منفعة.

٣ - وملك منفعة بلا عين.

٤ - وملك انتفاع من غير ملك المنفعة.

أما النوع الأول: فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من بيع وهبة وإرث وغير ذلك.

واعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في أصول الفقه: إجماع الفقهاء على أن العباد لا يملكون الأعيان وإنما يملك الأعيان خالقها ﷻ، وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً.

وكذا ذكر ابن الزاغوني في كتاب عَرَرَ البيان ورجحه الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللهُ . .

**النوع الثاني:** ملك العين بدون منفعة وقد أثبتته الأصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر أو تركها - أي: الرقبة - للورثة.

أما إن وصَّى في وقت بالرقبة لشخص وفي آخر بالمنافع لغيره فهو كما لو وصَّى بعين لاثنتين في وقتين، واستدل على أن تمليك جميع المنافع تمليك للعين بالرقبي والعمرى<sup>(١)</sup>.

(١) العمرى والرقبي: نوعان من الهبة، سميت عمرى لتقيدها بالعمر، وسميت رقبى؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، فهي: الهبة المقيدة بالعمر، يقال: أعمرتة الدار إذا جعلت له الدار مدة عمره، وأرقتك الجارية أعطيتك.

**النوع الثالث:** ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق، وهو

ضربان:

**أحدهما:** ملك مؤبد ويندرج تحته صور:

١ - الوصية بالمنافع كما - لو أوصى بخدمة هذا الرقيق - ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البُضع فإن في دخولها بالوصية وجهين.

٢ - الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه، وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما فوائد متعددة. - تأتي، والمذهب أنه ملك للموقوف عليه. -

٣ - الأرض الخراجية المقررة في يد من هي يده بالخراج يملك منافعها على التأبید.

**والضرب الثاني:** ملك غير مؤبد، فمنه:

١ - الإجارة.

٢ - ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة.

٣ - ما هو غير موقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه، وإقطاع الاستغلال<sup>(١)</sup>.

**النوع الرابع:** ملك الانتفاع المجرد، وله صور متعددة:

١ - ملك المستعير فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة.

٢ - المنتفع بملك جاره من وضع خشب وممر في دار ونحوه، وإن كان بعقد صلح فهو إجارة.

٣ - إقطاع الإرفاق كمقاعد الأسواق ونحوها.

٤ - الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة، وقياسه الأكل من الأضحية والثمر المعلق ونحوه<sup>(٢)</sup>.

(١) إقطاع الاستغلال: أن يقطع الإمام غير موات انتفاعا للمصلحة.

ومعنى الانتفاع: أن يتنفع به بالزرع والإجارة وغيرهما مع بقاءه للمسلمين.

(٢) وتقدم في القاعدة.

٥ - أكل الضيف لطعام المضيف فإنه إباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا .

وعن أحمد رواية: بإجزاء الإطعام في الكفارات وينزل على أحد قولين، إما أن الضيف يملك ما قدم إليه وإن كان ملكاً خاصاً بالنسبة إلى الأكل، وإما أن الكفارة لا يشترط فيها تمليك .

٥ - عقد النكاح، وترددت عبارات الأصحاب في مورده هل هو الملك أو الاستباحة؟ فمن قائل هو الملك .

ثم ترددوا هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها؟ وقيل: بل هو الحل لا الملك ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها، وقيل: بل المعقود عليه ازدواج كالمشاركة ولهذا فرّق الله سبحانه بين الازدواج وملك اليمين، وإليه ميل الشيخ تقي الدين فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات .





## القاعدة السابعة والثمانون

### فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأمولاك

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** الأملاك التامة فقابلة للنقل بالعوض وغيره في الجملة - فمن ملك عيناً يبيع ملك نقل الملك فيها - .

**القسم الثاني:** من ملك المنافع بعقد لازم، ملك نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه دون ما هو أعلى منه، ويملك المعاوضة عليه أيضاً، ويندرج تحت هذا صور:

١ - إجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الأجرة وأكثر وأقل .

٢ - إجارة الوقف .

٣ - إجارة المنافع الموصى بها .

٤ - إجارة المنافع المستثناة في عقد البيع .

٥ - إجارة أرض العنوة الخراجية، والمذهب: صحتها وهو نص أحمد، ولكن استحباب المزارعة فيها على الاستئجار .

٦ - إجارة العارية المؤقتة إذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها فإنه يجوز ولا تجوز الإجارة؛ لأنها أعلى صرح به القاضي في خلافه، وأمّا إجارة إقطاع الاستغلال<sup>(١)</sup> التي موردها منفعة الأرض دون رقبته: كلام القاضي قد يشعر بالمنع؛ لأنه جعل مناط صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد وهذا منتف في

(١) إقطاع الاستغلال: أن يقطع الإمام غير موات انتفاعاً للمصلحة. ومعنى الانتفاع: أن ينتفع به بالزرع والإجارة وغيرهما مع بقاءه للمسلمين .

الإقطاع، وقال الشيخ تقي الدين رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ: يجوز، وجعل الخلاف فيه مبتدعاً وقرره بأن الإمام جعله للجند عوضاً عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض، ولو تهاياً الشريك كان على الأرض<sup>(١)</sup> وقلنا لا يلزم فهل لأحدهما إجارة حصته؟ الأظهر جوازه؛ لأن المهايآت إذا فسخت عاد الملك مشاعاً فيخرج على الخلاف في إجارة المشاع.

**القسم الرابع:** ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البُضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا؟ إن كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض وفي جوازه بعوض خلاف<sup>(٢)</sup>، ويستثنى من ذلك الحقوق الثانية دفعاً لضرر الأملاك، فلا يصح النقل فيها بحال، وتصح المعاوضة على إثباتها وإسقاطها<sup>(٣)</sup>. ويندرج ذلك في مسائل:

١ - ما ثبتت عليه يد الاختصاص<sup>(٤)</sup> كالكلب والزيت النجس المنتفع به فإنه تنتقل اليد فيه بالإرث والوصية والإعارة في الكلب، وفي الهبة وجهان - والمذهب جوازه -.

وأما إجارة الكلب فالمذهب: أنها لا تصح؛ لأنها معاوضة ولا مالية فيه.

٢ - المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع إلا أن نقول بلزوم العارية كما سبق - والمذهب عدم الجواز -.

٣ - مرافق الأملاك من الأبنية والأزقة المشتركة تصح إباحتها والإذن في الانتفاع بها كالإذن في فتح باب ونحوه.

قال في التلخيص: ويكون إعارة على الأشبه، وتجوز المعاوضة عن فتح

(١) المهايأة: قسمة المنافع زماناً، ومكاناً.

(٢) كالأرض الخارجية يجوز نقل الانتفاع بها لمن يقوم مقام من هي بيده بغير عوض، وبعوض محل خلاف كما سيأتي، وإن نقل الانتفاع غير لازم كالعارية لا يجوز للمستعير نقل الانتفاع بإعارة غيره.

(٣) كفتح الباب في حائطه، وإجراء في أرضه... كما سيأتي.

(٤) المختص: ما أذن في الإنتفاع فيه، ولم يرخص في العقد عليه.

الأبواب ونحوها ذكره في المغني والتلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على إجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه أو وضع خشبه على جداره ونحوه، وهذا مُتوجه على القول بملك هذه المرافق أما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق، وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة على الروشن<sup>(١)</sup> الخارج في الدرب المشترك.

وأما الشجرة ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة، وأما الانتفاع بأفنية الأملاك - الساحة مقابل البيت - والمساجد بغير إذن من الملاك والإمام فإن كان فيه ضرر لم يجز، وإلا ففي جوازه روايتان ذكره القاضي في الأحكام السلطانية، وتجاوز المصالحة بعوض على إسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه ذكره في المجرد.

٤ - متحجر الموات، ومن أقطعه الإمام مواتاً ليحييه لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب لكن يثبت له فيه حق التملك فيجوز نقل الحق إلى غيره بهبة وإعارة وينتقل إلى ورثته من بعده، وهل له المعاوضة عنه؟ على وجهين أصلهما المعاوضة عن الحقوق فإن هذا حق تملك كما سبق، وفارق الشفعة فإن النقل فيها ممتنع؛ لأنها من حقوق الأملاك فهي مما استثنى من القاعدة، قال أحمد في رواية ابن منصور: الشفعة لا تباع ولا توهب.

والأظهر حمل قول أحمد لا تباع ولا توهب على أن الشفيع ليس له نقلها إلى غيره بعوض ولا غيره، فأما مصالحته للمشتري فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جداره ونحوه.

وذكر القاضي في باب الشفعة أيضاً: أن خيار العيب تجوز المصالحة عنه بعوض، وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة في الثمن والنقص منه فجعل الصلح ههنا إسقاطاً من الثمن كالأرش، وعلى قياسه خيار الشرط والمجلس؛ لأن التصرف في الثمن بالنقص والزيادة فيه ممكن.

(١) الروش: وهو الجناح: أطراف خشب تدفن في أعلى الحائط تخرج إلى الطريق

٥ - الكلاً والماء في الأرض المملوكة إذا قلنا لا يملكان بدون الحياة فللمالك الإذن في الأخذ، وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب.

ووقع في المقنع والمحزر: ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة، وإن قلنا: بعدم الملك - ولعله من باب المعاوضة عما يستحق تملكه - فيلتحق بالقاعدة.

٦ - مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها يصح نقل الحق فيهما بغير عوض؛ لأن الحق فيهما لازم بالسبق.

٧ - الطعام المباح في دار الحرب يجوز نقل اليد فيه إلى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضاً لاشتراك الكل في استحقاق الانتفاع، ولا يكون ذلك تمليكاً لانتفاء ملكه بالأخذ حتى لو احتاج إلى صاع من بُرٍّ جيد وعنده صاعان رديئان فله أن يبدلهما بصاع إذ هو مأخوذ على الإباحة دون التمليك صرح به القاضي وابن عقيل.

٨ - المباح أكله من مال الزكاة والأضاحي<sup>(١)</sup> يجوز إطعامه للضيفان ونحوهم لاستقرار الحق فيه بخلاف طعام الضيافة<sup>(٢)</sup>، ولا تجوز المعاوضة عن شيء من ذلك.

٩ - منافع الأرض الخراجية يجوز نقلها بغير عوض إلى من يقوم مقامه فيها، وينتقل إلى الوارث فيقوم مقام موروثه فيها، وكذلك يجوز جعلها مهرأً نصّ عليه، فأما البيع فكرهه أحمد ونهى عنه واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها لثلا يتخذ طريقاً إلى بيع رقبة الأرض التي لا تملك بل هي إما وقف وإما فئ للمسلمين جميعاً، ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى: بجواز البيع

(١) يباح لصاحب الزرع والثمر أن يأكل من زرعه وثمره بعد وجوب الزكاة فيها، وأن يترك له الخارص الثلث أو الربع، ولا يجوز أن يبيع ما أبيح له، وكذا للمضحي أن يأكل من أضحيته ولا يجوز البيع، لكن يجوز إطعام ما تقدم للضيوف.

(٢) أي: طعام الضيافة إذا قدم للشخص، فلا يجوز له أن يبيع منه شيئاً، ولا أن يطعمه للضيوف.

مطلقاً؛ لأن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض وهذا اختيار الشيخ تقي الدين.

١٠ - أصل وضع الخراج على العُنة إذا قيل هي فيء، فإنه ليس بأجرة بل هو شبيه بها ومتردد بينها وبين البيع.

١١ - المصالحة بعوض على وضع الأخشاب، وفتح الأبواب، ومرور المياه ونحوها وليس بإجارة محضة لعدم تقديره المدة وهو شبيه بالبيع.

١٢ - لو أعتق عبده واستثنى خدمته سنة فهل له أن يبيعها منه؟ على روايتين، ولا يقال هو لا يملك بيع العبد في هذه الحال؛ لأن هذه المنافع كان يملك المعاوضة عنها في حال الرق وقد استبقاها بعد زواله فاستمر حكم المعاوضة عليها كما يستمر حكم وطء المكاتبه إذا استثناه في عقد الكتابة، وهل الكتابة إلا عقد معاوضة على المنافع؟! .

والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان:

أحدهما: منافع الأعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها فهذه قد جَوَّز الأصحاب بيعها في مواضع.

النوع الثاني: المنافع التي ملكت مجردة عن الأعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة فهذا محل الخلاف الذي نتكلم فيه ههنا - والله أعلم - .



## القاعدة الثامنة والثمانون

### الانتفاع بالطريق

في الانتفاع وإحداث ما ينتفع به في الطرق المسلوكة وهوائها وقرارها، وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** أن يكون الطريق ضيقاً أو أحدث فيه ما يضر بالمارّة، فلا يجوز بكل حال.

**القسم الثاني:** أن يكون واسعاً وينتفي الضرر، فإن كان المحدث فيه متأبداً كالبناء والغراس فإن كان لمنفعة خاصة بأحد الناس لم يجز على المعروف من المذهب، وإن كان لمنفعة عامة ففيه خلاف معروف؛ منهم من يطلقه، ومنهم من يخصه بحالة انتفاء إذن الإمام فيه.

**القسم الثالث:** أن يكون واسعاً وينتفي الضرر والمحدث غير متأبد، ونفعه خاص كالجلوس وإيقاف الدابة فيه ففيه خلاف أيضاً.

**القسم الرابع:** القرار الباطن فحكمه حكم الظاهر على المنصوص.

**القسم الخامس:** الهواء فإن كان الانتفاع به خاصاً بدون إذن الإمام فالمعروف: منعه، وبإذنه فيه خلاف.

ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة:

١ - إذا حفر في طريق واسع بئراً فإن كان لنفع المسلمين فيه روايتان - والمذهب: إذا لم يكن ضرر فلا ضمان - على الإطلاق قاله أبو الخطاب وصاحب المغني؛ إذ البئر مظنة العطب، وإن كان الحفر لنفسه ضمن بكل حال ولو كان في فنائه نصّ عليه، ولا يجوز إذن الإمام فيه عند الأصحاب.

وفي الأحكام السلطانية للقاضي: أن له التصرف في فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر، وأمّا في فناء غيره فإن أضر بأهله لم يجز وإن لم يضر

جاز، وهل يعتبر إذنهم أو إذن الإمام في فناء المسجد؟ على وجهين.

٢ - إذا بنى مسجداً في طريق واسع ولم يضر بالمارة قال الأكثرون من الأصحاب: إن كان بإذن الإمام جاز وإلا فروايتان - والمذهب: يجوز وإن لم يأذن الإمام -.

٣ - بناء غير المساجد في الطرقات فإن كان البناء للوقوف على المسجد فهو كبناء المسجد قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية، وكذا إن كان لمصلحة عامة كَحَنّان مُسَبِّل ونحوه، وإن كان لمنفعة تختص بأحد الناس فالمشهور: عدم جوازه؛ لأن الطريق مشترك فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه، والاختصاص به ولا يملك الإمام الإذن في ذلك.

٤ - حكم الغراس حكم البناء، وقد قال أحمد في النخلة المغروسة في المسجد: إنها غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلّعها الإمام كان أولى، ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة كصاحب المبهج وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء، ونصّ أحمد في رواية ابن هانئ وابن بختان في دار السبيل يغرس فيها كرم قال: إن كان يضر بهم فلا.

وظاهره: جوازه مع انتفاء الضرر، ولعل الغرس كان لجهة السبيل أيضاً.

٥ - اختصاص آحاد الناس في الطريق بانتفاع لا يتأبد فمن ذلك الجلوس للبيع والشراء، فقال الأكثرون: إن كان الطريق واسعاً ولا ضرر في الجلوس بالمارة جاز بإذن الإمام وبدون إذنه وإلا لم يجوز، وللإمام أن يقطعه من شاء.

٦ - لو ربط دابته أو أوقفها في الطريق والمنصوص منعه، قال في رواية أبي الحارث: إذا أقام دابته على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له في الطريق حق، ومأخذه: أن طبع الدابة الجنائية بفمها أو رجلها فإيقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه - وهذا هو المذهب -.

وحكى القاضي في كتاب الروايتين رواية أخرى: بعدم الضمان إذا وقف في طريق واسع.

٧ - ربط السفينة وإرساؤها في النهر المسلوك، قال ابن عقيل: إن كان

بإذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل جاز وإلا لم يجز، وخالف بعض الأصحاب في اعتبار إذن الإمام في هذا لتكرره.

٨ - الانتفاع بالطريق بإلقاء الكناسة والأقذار فإن كان نجاسة فهو كالتخلي في الطريق وهو منهي عنه لكن هل هو نهى كراهة أو نهى تحريم؟ كلام الأصحاب مختلف في ذلك، وإن كان مما يحصل به الزلق كرش الماء وصبه وإلقاء قشور البطيخ أو يحصل به العثور كالحجر فلا يجوز والضمان واجب به، وقد نص عليه أحمد في رش الماء، قال في الترغيب: إلا أن يرشه ليسكن به الغبار فهو مصلحة عامة فيصير كحفر البئر السابلة.

٩ - الحفر في الطريق وهو ممنوع سواء تركه ظاهراً أو غطاءه وأسقف عليه.

١٠ - إشراع الأجنحة<sup>(١)</sup> والساباطات والخشب والحجارة في الجدار إلى الطريق فلا يجوز ويضمن به نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وابن منصور ومهنا وغيرهم.

وقال الأكثرون: يجوز بإذن الإمام مع انتفاء الضرر به، وفي شرح الهداية للشيخ مجد الدين: «إن كان لا يضر بالمارة جاز» وهل يفتقر إلى إذن الإمام؟ على روايتين:

إحدهما: يفتقر؛ لأنه ملك مشترك بين المسلمين فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة إلا للإمام.

والثانية: لا يفتقر؛ لأن منفعة الطريق: المرور وهو لا يختل بذلك.

١١ - الميازيب ومسيل المياه فكذلك عند الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين: إخراج الميازيب إلى الدرب النافذ هو السنة وذكر حديث العباس في ذلك، والمانعون يقولون ميزاب العباس وضعه النبي ﷺ بيده فكان أبلغ من إذنه فيه، ولا كلام فيما أذن به الإمام.

(١) الجناح: هو الروش: أطراف خشب تدفن في أعلى الحائط تخرج إلى الطريق.



## القاعدة التاسعة والثمانون

## أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف

**القسم الأول:** عقود الضمان فقد سبق ذكرها - كعقد البيع فما بيع بتقدير إذا بيعت هذه الصبرة من الطعام كل صاع بدرهم فمن ضمان البائع حتى يقبضها المشتري ومن ذلك عقد العارية، العين المستعارة من ضمان المستعير، وهكذا -<sup>(١)</sup>.

**القسم الثاني:** وكذلك سبق ذكر الأيدي الضامنة - كيد المستعير، ويد الغاصب، ويد من قبض السلعة على وجه السوم ليربها أهله وقطع الثمن، ويد القابض في العقد الفاسد<sup>(٢)</sup> -.

**القسم الثالث:** الإتلاف فالمراد به: أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق.

أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الإتلاف، بأن يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً أو يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف فيتعدى إلى إتلاف مال الغير أو كان الماء محتسباً بشيء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه، وسواء كان له اختيار في انطلاقه أو لم يكن، فدخل تحت ذلك ما إذا حَلَّ وكَاءَ زَقَّ مائع فاندفق أو فتح قفصاً عن طائر فطار أو حَلَّ قيد عبد آبق فهرب هذا هو الذي ذكره الأكثرون؛ لأنه تسبب إلى الإتلاف بما يقتضيه عادة.

واستثنى ابن عقيل في فنونه: ما كان من الطيور يألف البروج ويعتاد العود فقال: لا ضمان في إطلاقه وإن لم يعد؛ لأن العادة جارية بعوده فليس إطلاقه إتلافاً.

**تنبيه:** لو أتلف الغاصب المغصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد - فيضمن العين والمنفعة -.

(١) ينظر: القاعدة [٤٧]، و[٥٧].

(٢) ينظر: القاعدة [٥١] و[٩١] و[٩٠]، و[٩٢] و[٩٣]، و[٩٤].

## القاعدة التسعون

### الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة

الأولى: يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفي الضمان عما تستولي عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل، فيدخل فيها صور:

١ - استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب.

٢ - استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين؛ لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب، وينتفي الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضاً مما تثبت عليه الأيدي كأمّ الولد - فأُمّ الولد تثبت عليها يد الضمان كيد الغاصب، فيصح غصبها وإن انعقد فيها سبب الحرية - وما لم يحوزوه إلى دارهم، وما شرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم على قولنا إنهم لا يملكون ذلك أيضاً.

٣ - استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك - القبض بنية التملك - فلا إشكال في انتفاء الضمان، وإن كان على غير وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلفه على أصح الوجهين، وهو المذهب عند صاحب المحرر.

اليد الثانية: يد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان، فيدخل فيها صور:

١ - من له ولاية شرعية بالقبض - كقبض الولي لمال اليتيم -.

٢ - من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمنه - كالمودع - وفي التلخيص فيما إذا حمل المغصوب إليه ليدفعه إلى مالكه فهل يلزم قبوله؟ على وجهين وصحح اللزوم.

٣ - الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام كالْبُغَاة لا يضمن الإمام وطائفته

وما أتلّفوه عليهم حال الحرب، وفي تضمينهم ما أتلّفوه على الإمام في تلك الحال روايتان: أصحهما نفي الضمان إلحاقاً لهم بأهل الحرب.

وأما أهل الردّة إذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين، ولهم منعة ففي تضمينهم روايتان، واختار أبو بكر: عدم التضمين إلحاقاً لهم بأهل دار الحرب.

اليد الثالثة: يد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان، وهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان - كيد الغاصب - .



## القاعدة الحادية والتسعون

### في ضمان الأموال بالعقد، واليد

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** الأموال المحضة - أي: التي خلصت ماليتها فليس فيها شائبة الرق - المنقولة إذا وجد فيها النقل تضمن بالعقد وباليد.

- مثال ضمان المنقول بالعقد إذا وجد فيه النقل: من اشترى مكيلاً وقبضه فإنه من ضمان المشتري، ومثله لو عقد على سلعة عقداً فاسداً وقبضها العاقد كالمشتري مثلاً فإنه ضامن لها بالعقد.

- مثال ضمان المنقول باليد إذا وجد النقل: من غصب دابة فتلفت تحت يده فإنه ضامن لها -.

**القسم الثاني:** ضمان الأموال المحضة بالعقد واليد إذا لم يوجد فيها النقل: تضمن بالعقد - سبق في أحكام المقبوض - وقال القاضي في خلافه: لا يتوقف الضمان بها على النقل، فتضمن باليد أيضاً كالعقد<sup>(١)</sup>.

- مثال ضمان المنقول بالعقد إذا لم يوجد فيه النقل: من اشترى مكيلاً فتلف قبل النقل فمن ضمان البائع.

- مثال ضمان المنقول باليد إذا لم يوجد فيه النقل: المودع يكون ضامناً بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة يد.

**القسم الثالث:** غير المنقول فالمشهور عند الأصحاب: أنه يضمن بالعقد وباليد أيضاً، كما يضمن في عقود التمليكات بالاتفاق.

(١) ينظر: القاعدة [٤٣].

- مثال ضمان غير المنقول باليد: من غصب شجراً فاحترق بغير فعله فإنه ضامن له.

- مثال ضمان غير المنقول بالعقد: من اشترى داراً فانهدمت بعد أن استلمها فإنها من ضمان المشتري، ومثله لو اشترى داراً بعقد فاسد فعابت أو انهدمت بعد أن استلمها المشتري فإنها من ضمان المشتري -.

#### القسم الرابع: غير الأموال المحضة، نوعان:

**أحدهما:** ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأَمْ الولد والمُكاتب والمُدبّر فيضمن باليد - أي: يضمن بالغصب مثلاً - على ما ذكره القاضي والأصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسد - إذ المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب على المذهب - قاله أبو البركات في تعليقه على الهداية.

**والثاني:** الحر المحض هل تثبت عليه اليد فيترتب عليه الضمان أم لا؟ المعروف من المذهب: أن الحر لا تثبت عليه اليد - فلا يدخل تحت الغصب - فلا يضمن بها بحال ولو كان تابعاً لمن تثبت عليه اليد كمن غصب أمة حاملاً بحرّ ذكره القاضي في خلافه بما يشعر أنه محل وفاق، وحكى القاضي في خلافه أيضاً وتابعه صاحب المحرر في ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه.

وقال القاضي في خلافه: تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبني على ذلك:

١ - الأجير الخاص<sup>(١)</sup> إذا أسلم نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله استقرت له الأجرة لتلف منافعه تحت يده.

٢ - وجوب المهر بالخلوة في النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء.

(١) الأجير الخاص من قُدّر نفعه بالزمن من الساعة الفلانية إلى الساعة الفلانية مثلاً كسائر الموظفين.

٣ - لو تداعا اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فهي له ترجيحاً باليد كذا ذكره القاضي، وإنما يتوجه على قولنا بتقديم بينة الداخل<sup>(١)</sup>.  
وحكى صاحب التلخيص وجهاً: بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه صحة استئجار الأجير الخاص، وبنى عليه جواز صحة إجارة الكافر للمسلم المستأجر معه وذكر احتمالين، وبنى صاحب التلخيص أيضاً على ذلك غضب الحر وحبه عن العمل فإن في وجوب ضمان أجرته وجهين - والمذهب الضمان -.

**القسم الخامس:** منفعة البضع لا تدخل تحت اليد، وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة وأن الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر.

وخالف ابن المني وجزم في تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح، وذكر في الحرة تردداً لامتناع ثبوت اليد عليها، وقد يتفرع على ذلك أن الأمة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ، بخلاف الحرة إذا زنى بها كُرْهاً فحملت ثم ماتت من الطلق قال في التلخيص؛ لأن الاستيلاء كأنه إثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية، والحرة لا تدخل تحت اليد، ومجرد السبب ضعيف، وفي المغني ضمنها مطلقاً لحصول التسبب في التلف.



(١) المدعى عليه.

## القاعدة الثانية والتسعون

## اجتماع يد الضمان مع يد المالك

هل تثبت يد الضمان - كيد الغاصب - مع ثبوت يد المالك أم لا؟..... والأظهر: أنه إن زال امتناع المالك وسلطانه ثبت الضمان وإلا فلا، ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - لو غصب دابة عليها مالکها ومتاعه ففي الخلاف الكبير: لا يضمن، وكذلك قال الأصحاب: لو استولى على حُرٍّ كبير لم يضمن ثيابه؛ لأنها في يد المالك ولو كان الحرُّ صغيراً وقلنا لا تثبت اليد عليه - وهو المذهب - ففي ثيابه وجهان نظراً إلى أن يده لا قوة لها على المنع وهذا يشهد لاعتبار بقاء الامتناع في انتفاء الضمان.

٢ - لو استأجر دابة إلى مسافة فزاد عليها، أو لحمل شيء فزاد عليه وهي في يد المؤجر فتلفت قال في المجرد: يضمن لتعديّه بالزيادة، وسكوت المالك لا يمنع الضمان، كمن خرق ثوبه وهو لا يمنع.

وفي التلخيص: لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى، وإن تلفت بالحمل ففي تكميل الضمان عليه وتنصيبه وجهان، ويتوجه التفريق بين أن يكون قادراً على الامتناع أو لا يكون كذلك، فيجب الضمان مع عدم القدرة كمن غصب دابة، وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه فإن هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان.

٣ - الأجير المشترك<sup>(١)</sup> إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان قاله القاضي في المجرد، قال: لأنه

(١) هو من قدر نفعه بالعمل وذلك مثل الطباخ والغسال ونحو ذلك ممن يتلقى أعمالاً من الآخرين.

ليس بأكثر من الغاصب والغاصب لا يضمن ما دام يد صاحبه ثابتة عليه انتهى.

ومراد بثبوت يد صاحبه ثبوت سلطته وتصرفه، ولهذا لو أعاد الغاصب المغصوب إلى يد المالك على وجه لا يعود تصرفه إليه، مثل أن يرهنه عبده أو استأجره للعمل فيه لم يبرأ بذلك على الصحيح إلا أن يعلم أنه ملكه.

٤ - لو دخل دار إنسان بغير إذنه أو جلس على بساطه بغير إذنه، والمالك جالس في الدار أو على البساط ففي الخلاف الكبير: لا ضمان وعلل بانتفاء الحيلولة ورفع اليد.

وكذلك قال فيمن ركب دابة غيره إن حال بينه وبينها ورفع يده عنها ضمن وهذا يرجع إلى اشتراط الحيلولة والقهر للضمان، وفي التلخيص: لو دخل دار المالك وهو فيها قاصد للغصب فهو غاصب للنصف لاجتماع يدهما واستيلائهما بشرط قوة الداخل وتمكنه من القهر، وإن كان المالك غائباً فالدخول غصب بكل حال لحصول الاستيلاء به، وذكر بعض أصحابنا في خلافه: أن الجالس على بساط غيره بغير إذنه يكون ضامناً لما جلس عليه منه، والداخل إن دخل بنية الغصب صار غاصباً.

٥ - لو أردف المالك خلفه على الدابة فتلفت، فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيراً أم لا لثبوت يد المالك عليها ذكر في التلخيص احتمالين وصحح الثاني.

٦ - لو كانت العين ملكاً لاثنتين فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده وأقر الآخر على حاله، فهل يكون غاصباً لنصيب من رفع يده خاصة أم هو غاصب لنصف العين من الشريكين مشاعاً؟ قال القاضي وابن عقيل: هو غاصب لنصف من رفع يده فقط ورجحه الشيخ تقي الدين مستدلاً بأن الأعمال بالنيات، فعلى هذا لو استغل الغاصب والشريك الملك أو انتفعا به لم يلزم هذا الشريك لشريكه المخرج شيء، ولو باع العين صح في نصيب الشريك البائع كله وبطل في النصف الذي باعه الغاصب والمنصوص عن أحمد يدل على خلافه؛ لأنه نص في رواية حرب على أن من غصب من قوم



ضيعة ثم رد إلى أحدهم نصيبه مشاعاً لم يطب للمردود عليه الانفراد بما رد عليه، وهو يشبه أصله المنصوص عنه في منع إجارة المشاع من غير الشريك لتعذر تسليمه بانفراده، فعلى هذا ليس للشريك الذي لم يرفع يده التصرف إلا في الربع خاصة والربع الآخر حق لشريكه المغصوب منه ولم تجتمع ههنا يد الغاصب مع يد المالك في شيء.



## القاعدة الثالثة والتسعون

### الأيدي المترتبة على يد الغاصب<sup>(١)</sup> عشر

وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** أنه يجوز تضمينه؛ أي: مطالبته بالضمان في ما كان الغاصب ضامناً له، فمالك العين المغصوبة له أن يضمن كلاً من الغاصب والقابض الذي حصل التلف تحت يده.

**القسم الثاني:** ما يتعلق بقرار الضمان<sup>(٢)</sup>، - فإن كان القابض دخل على أنه ضامن فقرار الضمان عليه فلا يرجع على الغاصب إذا ضمن، وإن ضمن الغاصب رجع عليه الغاصب، وإن دخل على أنه غير ضامن فقرار الضمان على الغاصب، فإن ضمن رجع على الغاصب، وإن ضمن الغاصب لم يرجع عليه الغاصب.

**الأولى:** الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التلف تحتها، ولا يطالب بما زاد على مُدَّتْها.

**والثانية:** الآخذة لمصلحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جُعل، فالمشهور: أن للمالك تضمينها ثم ترجع بما ضمنت على الغاصب لتغيره. وفيه وجه آخر: باستقرار الضمان عليها لتلف المال تحتها من غير إذن

(١) أي: إذا انتقلت العين المغصوبة من يد الغاصب إلى غيره.

(٢) عندنا ضمان، وقرار الضمان، الضمان: أن المالك يملك مطالبة من شاء من الغاصب أو من حصل التلف تحت يده على القول بتضمينه. وأما قرار الضمان: أي: من يستقر عليه الضمان فقد يكون على الغاصب، وقد يكون على من حصل التلف تحت يده، فإذا كان على الغاصب وضمن من حصل التلف تحت يده رجع على الغاصب، وإذا كان القرار على من حصل التلف تحت يده وضمن الغاصب رجع الغاصب عليه كما سيأتي.

صرح به القاضي، ويتخرج فيه وجه آخر: أنه لا يجوز تضمينها بحال... وذكر أنه ظاهر كلام أحمد.

**الثالثة:** القابضة لمصلحتها، ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والوكيل بجعل والمرتهن، فالمشهور: جواز تضمينها أيضاً وترجع بما ضمنت - على الغاصب - لدخولها على الأمانة وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغني في الرهن احتمالين آخرين:

**أحدهما:** أنه يستقر الضمان على القابض لتلف مال الغير تحت يده التي لم يؤذن له في القبض فهي كالعالمية بالحال، وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً.

**والثاني:** لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة، وينبغي أن يكون هو المذهب، وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام، فإن المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها ثم ظهرت مُستحقة أنه لا يملك المستحق قلعه إلا مع ضمان ناقصه؛ كالغراس المحترم الصادر عن إذن المالك فجعل المغرور كالمأذون له فلا يضمن ابتداء ما لم يلتزم ضمانه.

**الرابعة:** القابضة لمصلحتها خاصة إما باستيفاء العين كالقرض، أو باستيفاء المنفعة كالعارية فهي داخلة على الضمان في العين دون المنفعة فإذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة؛ لأن ضمانها كان بتغيره.

وفي المذهب رواية ثانية: لا يرجع بضمان المنفعة على الغاصب إذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله؛ كي لا يجتمع لها العوض والمعوض.

وأما العين فلا يرجع بضمانها - على الغاصب - حيث دخلت على ضمانها. ويتخرج لنا وجه آخر: أنه لا يستقر عليها ضمان شيء وسنذكر أصله في القسم الذي بعده.

**الخامسة:** القابضة تملكاً بعوض مسمى عن العين بالبيع فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة فإذا ضمّن - المالك المشتري - قيمة العين والمنفعة - لتلف العين تحت يده - لم يرجع بما ضمن من قيمة العين .

ولكن يسترد المشتري من الغاصب الثمن من الغاصب؛ لأنه لم يملكه لانتفاء صحة العقد وسواء كانت القيمة التي ضمنت المالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الأصحاب .

وفي «التلخيص»: احتمال إن كانت القيمة أزيد رجع المشتري بالزيادة على الغاصب حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المُسمّى، وبه جزم ابن المني .

ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة فقياس المذهب: أن له ذلك كما نصّ عليه أحمد في المتجر في الوديعة من غير إذن أن الربح للمالك .

وحكى صاحب المغني رواية أخرى: باستقرار الضمان على الغاصب في البيع فلا يرجع على المشتري بشيء مما ضمنه - إذا ضمن المالك الغاصب؛ لتلف العين تحت يد المشتري - .

وهو عندي قياس المذهب حيث قلنا في إحدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة - على أنها حرّة - على من غرّه مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها .

وأما المنافع إذا ضمنها المالك للمشتري بناء على أن منافع المغصوبة مضمونة، وهو المذهب فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله - على أنها في ملكه وغير مضمونة عليه - .

وعن أحمد رواية أخرى: لا يرجع بما انتفع به لاستيفائه عوضه كما تقدم .

وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع إذا ضمنها - المشتري - رجع بدلها على الغاصب .

وكذلك الكسب صرح به القاضي في خلافه، إلا أن يكون انتفع بشيء من ذلك فيخرج على الرواييتين . . . . . والذي يدل عليه كلام أحمد: أنه يجب على القابض ضمان ما انتفع به من الثمرة والنتاج دون ما تلف في يده بغير فعله ولم يذكر رجوعاً على الغاصب، فظاهر كلامه: أن ما تلف في يده من النماء فليس للمالك تضمينه ابتداء؛ لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به .

**اليد السادسة:** القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع كالصِّدَاق وعوض الخلع والعِتق والصُّلح عن دم عمد إذا كان معيَّناً، أو كان القبض وفاء لدين مستقر في الذمة من ثمن مبيع أو أجره أو صِداق أو قيمة متلف ونحوه، فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها فللمالك الرجوع على القابض ببدل العين والمنفعة على ما تقرر .

ويتخرج وجه آخر: أن لا مطالبة له عليه .

وعلى القول بالتضمنين فيرجع على الغاصب بما عَرِّمَ من قيمة المنافع لتغديره إلا ما انتفع به فإنه مخرج على الرواييتين - هل يرجع على الغاصب أولاً؟ وتقدم قريباً - . . . . .

ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله - أي: في ذمة الغاصب - وإن كان عوضاً معيَّناً في العقد لم يفسخ عقد النكاح . . . . . وترجع الزوجة على الزوج - الغاصب إذا ضمنته الزوجة للمالك - بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضي في خلافه .

وقال في المجرد: يجب مهر المثل .

وأما عوض الخلع والعِتق والصُّلح عن دم العمد ففيه وجهان:

**أحدهما:** يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق - فيرجع المستحق على الغاصب إذا ضمنه المالك - وهو المنصوص؛ لأن هذه العقود لا تنسخ باستحقاق أعواضها فتجب قيمة العوض وهو قول القاضي في أكثر كتبه وجزم به صاحب المحرر .

**والثاني:** يجب قيمة المستحق في الخلع والصُّلح عن الدم بخلاف

العتق، فإن الواجب فيه قيمة العبد؛ لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته، بخلاف البُضع والدم فإن القيمة لعوضهما لا لهما وهو قول القاضي في البيوع من خلافه.

**اليد السابعة:** القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهي يد المستأجر، فقال الأكثرون: إذا ضمنت المنفعة لم ترجع بها، ولو زادت أجره المثل - إذ ضمان القابض للمالك سيكون بأجرة المثل - على الأجرة المسماة، وإذا ضمن قيمة العين - لتلفها تحت يد المستأجر - رجع بها على الغاصب لتغيره.

وفي تعليقه أبي البركات على الهداية يتخرج لأصحابنا وجهان:

**أحدهما:** أن المستأجر لا ضمان عليه بحال كقول الجمهور.

**والثاني:** ضمان العين، وهل القرار عليه؟ لنا وجهان:

**أحدهما:** عليه.

**والثاني:** على الغاصب، وهو الذي ذكره القاضي في خلافه.

**والوجه الأول:** مُنَزَّل على القول بأن المغرور لا يضمن شيئاً ابتداءً ولا

استقراراً.

**والوجه الآخر:** في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في

استقرار الضمان على المرتتهن ونحوه بتلف العين تحت يده.

**اليد الثامنة:** القابضة للشركة وهي المتصرفة في المال بما ينمي به جزء من

النماء كالشريك والمضارب والمزارع والمُساقي، ولهم الأجرة على الغاصب

لعملهم له بعوض لم يسلم.

فأمّا المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان، فقد دخلوا

على أن لا ضمان عليهم بحال - لأنهم أمناء - فإذا ضمنوا على المشهور -

لتلف المال تحت أيديهم - رجعوا بما ضمنوا - على الغاصب - إلا حصتهم

من الربح فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل.

ويتخرج وجه آخر: أن لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على

الأمانة.

وأما المُساقى إذا ظهر الشجر مستحقاً بعد تكملة العمل، فللعامل أجره المثل لعمله على الغاصب.

وأما الثمر إذا تلف فله حالتان: إحداهما: أن يتلف بعد القسمة فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه، وله أن يضمن الكل للغاصب فإذا ضمنه الكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه؛ لأنه أخذ العوض فهو كالمشتري من الغاصب.

وفي «المغني»: احتمال لا يرجع عليه لتغيره فأشبهه من قال لغيره: كُل هذا فإنه طعامي، ثم بان مستحقاً.

وهل للمالك أن يضمن العامل جميع الثمرة؟ ذكر القاضي فيه احتمالين: أحدهما: نعم؛ لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه - الغاصب - من الثمر على المشهور وبالكل على الاحتمال المذكور.

والثاني: لا؛ لأنه لم يكن قابضاً على الحقيقة وإنما كان مراعيّاً حافظاً. ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسداً وخلى البائع بينه وبينه على شجره لم يضمنه بذلك لعدم ثبوت يده عليه، وذكر بعض أصحابنا أنه محل وفاق. الحال الثانية: أن يتلف الثمر قبل القسمة إما على الشجر أو بعد جذه، ففي التلخيص في مطالبة العامل بالجميع احتمالان، وكذا لو تلف بعض الشجر، وهو ملتفتٌ إلى أن يد العامل هل ثبت على الشجر والثمر الذي عليه أم لا؟ والأظهر: أن لا؛ لأن الضمان عندنا لا ينتقل في الثمر المعلق على شجره بالتخلية.

وبكل حال فيتوجه أن يضمن العامل الثمر التالف بعد جذاده واستحفاظه بخلاف ما على الشجر.

**اليد التاسعة:** القابضة تملكاً لا بعوض، إما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والهبة والوصية، أو للمنفعة كالمُوصى له بالمنافع، فالمشهور: أنها ترجع - على الغاصب - بما ضمنته - للمالك - بكل حال؛

لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مغرورة إلا ما حصل لها به نفع ففي رجوعها بضمانه الروايتان .

ويتخرج وجه آخر: أنها لا تضمن ابتداء ما لم يستقر ضمانها عليه .

**اليد العاشرة:** المتلفة للمال نيابة عن الغاصب كالذابح للحيوان والطابخ

له فلا قرار عليها - أي: إذا ضمنوا رجعوا على الغاصب - بحال وإنما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له فهو كالمباشر كذا قاله الأصحاب .

ويتخرج وجه آخر: بالقرار عليها فيما أتلفته كالمودع إذا تلفت تحت يده وأولى لمباشرتها للإتلاف .

ويتخرج وجه آخر: بأنه لا ضمان عليها بحال من نص أحمد فيمن حفر لرجل في غير ملكه بئراً فوقع فيها إنسان، فقال الحافر: ظننت أنها في ملكه .

وإنما سقط عنه الضمان لعدم علمه بالحال وههنا أولى؛ لاشتراكهما في ثبوت اليد .

ولو أتلفته على وجه محرم شرعاً عالمة بتحريمه كالقاتلة للعبد المغصوب والمحركة للمال بإذن الغاصب، ففي التلخيص يستقر عليها الضمان؛ لأنها عالمة بالتحريم فهي كالعالمة بأنه مال الغير، ورجح الحارثي دخولها في قسم المغرور؛ لأنها غير عالمة بالضمان فتغير الغاصب لها حاصل، والله أعلم .





## القاعدة الرابعة والتسعون

## قبض مال الغير بحق من يد قابضه بغير إذن المالك

وتحتها قسمان :

**الأول:** إن كان يجوز له - الأول - إقباضه فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أميناً وإلا فلا .

**الثاني:** وإن لم يكن إقباضه جائزاً فالضمان عليها - الأول - ، ويتخرج وجه آخر: ألا يضمن غير الأول، ويندرج تحت ذلك صور:

١ - مودع المودع فإن كان حيث يجوز الإيداع<sup>(١)</sup> فلا ضمان على واحد منهما، وإن كان حيث لا يجوز<sup>(٢)</sup> فالضمان على الأول وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما .

٢ - المستأجر من المستأجر فإن كان حيث يجوز الإيجار بأن كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان، وإلا ثبت الضمان عليهما وقراره في العين على الأول<sup>(٣)</sup> .

ويتخرج وجه آخر: أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع<sup>(٤)</sup> .

٣ - مضارب المضارب حيث يجوز<sup>(٥)</sup> فهو أمين، وهل الثاني مضارب للمالك، والأول وكيل في العقد لا شيء له من الربح، أو هو مضارب للأول

(١) كما لو أراد المودع السفر ولم يجد مالكة، ولم يكن السفر أحفظ لها أودعها ثقة .

(٢) كما لو أودعها عند غيره بلا عذر .

(٣) أي: إذا أجر المستأجر العين المستأجرة لمن هو أكثر منه ضرراً في الانتفاع، فإذا ضمن المالك المستأجر الثاني رجع على الأول .

(٤) لكونه أميناً قبض المال بحق، فلا ضمان، ولا قرار ضمان عليه .

(٥) أي: يجوز للمضارب أن يدفع مال المضاربة لمن يضارب به، حيث إنه أمين .

فالربح بينهما؟ على وجهين جزم القاضي في المجرد بالأول ثم اختار الثاني فيما إذا دفعه مضاربة، وقلنا: لا يجوز له ذلك.

وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء، ويرجع الثاني على الأول إن لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة.

وفيه وجه آخر: لا يرجع لحصول التلف تحت يده وقد سبق أصله، ويتخرج أن لا يضمن الثاني بحال.

وإن علم بالحال فهل هو كالغاصب لا أجرة له أو كالمضارب المتعدي له أجرة المثل؟ يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص، وحكماهما صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم.

٤ - وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان.

٥ - المستعير من المستعير، فإن قلنا: بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة؛ لدخوله على ذلك على بصيرة، وإذا تلفت عند الثاني ضمَّنه المالك كما لو كان هو المعير له ولم يرجع على الأول لانتفاء التغيرير، وإن قلنا: بالمنع وهو المشهور: فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة، والقرار على الثاني لحصول التلف في يده إن كان عالما بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين<sup>(١)</sup> دون المنفعة فإنه يستقر ضمانها على الأول لتغيريره، كذا قال الأصحاب.

ويتخرج وجه آخر: أنه لا يضمن الثاني إذا لم يعلم بالحال.

٦ - المستعير من المستأجر قال في التلخيص: هو أمين على الصحيح؛ لقبضه من يد أمين فلا يكون ضامناً.

٧ - المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع إذا تلف المبيع في يده فللموكل تضمين القيمة من شاء من الوكيل والمشتري على المشهور، ثم إن ضمن الوكيل رجع على المشتري لتلفه في يده.

(١) إذ المستعير ضامن على المذهب.

### القاعدة الخامسة والتسعون

**من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له،  
أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم تبين خطأ ظنه**

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** أن يكون الإتلاف مستنداً إلى سبب ظاهر من غيره، ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب.

**القسم الثاني:** أن يكون الإتلاف مستنداً إلى اجتهد مجرد، كمن دفع مالاً تحت يده إلى من يظن أنه مالكة أو أنه يجب الدفع إليه أو أنه يجوز ذلك.

**القسم الثالث:** أن يدفع ماله الذي يجب عليه إخراجه لحق الله إلى من يظنه مستحقاً ثم تبين الخطأ، ففي ضمانه قولان.

**القسم الرابع:** أن يكون الإتلاف مستنداً إلى مالا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه فإن تعلق به حكم فنقض فالضمان على المتلف، وإلا فلا ضمان.

ويندرج تحت هذه الجملة مسائل:

١ - أن يشهد شاهدان بموت زيد فيقسم ماله بين ورثته، ثم يتبين بطلان الشهادة بقدمه حياً فنصّ أحمد في رواية الميموني: أنهما يضمنان المال ولم يتعرض للورثة، وظاهر كلامه: استقرار الضمان على الشهود أو اختصاصهم به، وقال القاضي: يحتمل أن يكون أغرم الورثة ورجعوا بذلك على الشهود لتغريهم، ولا ضمان هنا على الحاكم؛ لأنه ملجأ إلى الحكم من جهة الشهود.... إلا إن فرط.

٢ - لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد

بشهادة الزور فإن الضمان يختص بهم لاعترافهم، ولا ينقض حكم الحاكم بمجرد ذلك، ولا يرجع على المحكوم له بشيء، كما لو باع عيناً أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فإنه لا يقبل إقراره على الأول ويضمن للثاني.

٣ - أن يحكم الحاكم بمال ويستوفى، ثم يتبين أن الشهود فساق أو كفار فإن حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق نقله أبو الخطاب.

وأما في الظاهر: فهو نافذ وهل يجب نقضه؟ المذهب: وجوبه، ثم يجب ضمان المال على المحكوم له لإتلافه له مباشرة.

قال القاضي: ولو كان المحكوم له معسراً فللمستحق مطالبة الإمام وقرار الضمان على المحكوم له ولا شيء على المزكين بحال، ولو حكم لآدمي بإتلاف نفس أو طرف فطريقان: أحدهما: هو كالمال؛ لأن المستوفي هو المحكوم له والإمام ممكن لا غير وهي طريقة المحرر.

والثاني: يضمنه الحاكم صرح به القاضي في المجرد وهو وفق إطلاق الأكثرين؛ لأن المحكوم له لم يقبض شيئاً فنسب الفعل إلى خطأ الإمام كما لو كان المستوفي حقاً لله تعالى وَعَلَىٰ فإن ضمانه على الإمام.

٤ - إذا وصّى إلى رجل بتفريق ثلثه ففعل، ثم يتبين أن عليه ديناً مستغرقاً للتركة ففي ضمانه روايتان ولكن هنا لم يتصرف في ملك الغرماء بل فيما تعلق به حقهم، ولكنه تعلق قوي... وخرج الشيخ تقي الدين على هذا الخلاف: كل من تصرف بولاية في مال ثم تبين أنه مستحق.

٥ - لو وصّى لشخص بشيء فلم يعرف الموصى له صرفه الوصي أو الحاكم فيما يراه من أبواب البر، فإن جاء الموصى له وأثبت ذلك فهل يضمن المفرق ما فرقه؟ على روايتين: قال ابن أبي موسى: أظهرهما: لا ضمان عليه، وقال أبو بكر في الشافي: إن فعله الوصي بإذن الحاكم لم يضمن وإن فعله بدون إذنه ضمن.

٦ - لو اشترى الورثة عبداً من التركة وأعتقوه تنفيذاً لوصية مورثهم

بذلك، ثم ظهر دين مستغرق فإنهم يضمنون للغرماء ذكره القاضي وابن عقيل .  
ويتخرج فيه وجه آخر: بانتفاء الضمان من مسألة الوصي .

٧ - لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال بغير إذنه صح وعتق عليه، وهل يضمن العامل؟ فيه ثلاثة أوجه:  
أحدها: يضمن بكل حال .

والثاني: إن كان جاهلاً لم يضمن، وإن كان عالماً ضمن .

والثالث: لا ضمان بكل حال حكاه أبو بكر، وعلى الضمان هل يضمنه بالثمن المشتري به أو بقيمة المثل ويكون شريكاً في الربح الزائد على وجهين ذكرهما أبو بكر .

٨ - إذا دفع القصار ثوب رجل إلى غيره خطأ فتصرف فيه المدفوع إليه بقطع أو لبس يظنه ثوبه، فنقل حنبل عن أحمد في قصار أبدل الثوب فأخذه صاحبه فقطعه وهو لا يعلم أنه ثوبه، قال: على القصار إذا أبدل، قيل له: فإن كان مالاً فأنفق؟ قال: ليس هذا مثل المال على الذي أنفق؛ لأنه مال تلف، ففرق بين المال إذا أنفق وتلف وبين الثوب إذا قطع؛ لأن العين هنا موجودة فيمكن الرجوع فيها ويضمن نقصها القصار بجنايته خطأ .

وظاهر كلامه: أن لا يضمن القاطع؛ لأنه مغرور ولم يدخل على الضمان، أما إن دفع إليه دراهم غيره يظنه صاحبها فأنفقها فالضمان على المنفق وإن كان مغروراً لتلف المال تحت يده بانتفاعه به، وذلك مقرر للضمان مع التغزير على إحدى الروايتين .

٩ - لو دفع المُلْتَقِطُ اللَّقْطَةَ إلى واصفها، ثم أقام غيره البينة أنها له فإن كان الدفع بحكم حاكم فلا ضمان على الدافع، وإن كان بدونه، فوجهان: أحدهما: لا ضمان لوجوب الدفع عليه فلا ينسب إلى تفريط .

والثاني: عليه الضمان وهو قول القاضي، ثم يرجع به على الواصف إلا أن يكون قد أقر له بالملك، أما لو دفع الودیعة إلى من يظنه صاحبها ثم تبين الخطأ فقال الأصحاب: يضمن لتفريطه .

ويتخرج فيه وجه آخر: أن الضمان على المتلف وحده، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن أحمد في مسألة القصار، ولو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباهه به في الصورة قتل به لتفريطه في اجتهاده ذكره ابن عقيل في مفرداته.

ويتخرج فيه وجه آخر: أن لا قَوْدَ وأنه يضمن بالدية كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظاناً أنها اليمين فإنه لا قَوْدَ، وسواء كان الجاني عاقلاً أو مجنوناً، وفي وجوب الدية وجهان.

١٠ - لو مضى على المفقود زمن تجوز فيه قسمة ماله فقسم ثم قدم فذكر القاضي: أن أبا بكر حكى في ضمان ما تلف في أيدي الورثة منه روايتين، والمنصوص عن أحمد: عدم الضمان ووجهه: أنه جاز اقتسام المال في الظاهر والتصرف فيه.

١١ - لو قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل، ثم بانت حائلاً ففي الرجوع عليها روايتان.

١٢ - ولو غاب الزوج فأنفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته، فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد الموت؟ على روايتين.

١٣ - لو دفع زكاته أو كفارته إلى من يظنه فقيراً فبان أنه غني، ففي وجوب الضمان عليه روايتان أصحهما: أن لا ضمان، وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضي.

وإن بان عبداً أو كافراً أو هاشمياً فقبل: هو على الخلاف - والمذهب لا تجزئه -.

قال الشيخ تقي الدين: وعلى قياس ذلك مال الفيء والخمس، والأموال الموصى بها، والموقوفة إذا ظن المتصرف فيها أن الآخذ مستحق فأخطأ.



## القاعدة السادسة والتسعون

## أداء الأعيان الواجبة عن الغير، بلا إذن

من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير إذنه هل تقع موقعه ويتنفي الضمان عن المؤدى؟ هذا على قسمين:

**القسم الأول:** أن تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء، وقد تعلق بها حق للغير، وهو أنواع:

**الأول:** أن يكون المتصرف له ولاية التصرف فلا ضمان، ولو كان الواجب ديناً.

**الثاني:** أن لا يكون للمتصرف ولاية والعين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزئ.

**الثالث:** أن لا يكون للمتصرف ولاية والعين غير متميزة من بقية ماله ضمن، ولم يجزئ إلا أن يجيز المالك التصرف فنقول بوقف عقود الفضولي على الإجازة، ويتفرع على هذا مسائل:

١ - لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرئ منه ولا ضمان.

٢ - لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الإمام منه قهراً فإنها تجزئ عنه ظاهراً وباطناً في أصح الوجهين.

٣ - لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبة أو حبس فأخذ الساعي الزكاة من ماله سقطت عنه.

٤ - وليُّ الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزئ كما يؤدي عنهما سائر الواجبات المالية من النفقات والغرامات.

٥ - إذا عين أضحية فذبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها ولم

يضمن الذابح شيئاً نصَّ عليه؛ لأنها متعينة للذبح ما لم يبدلها وإراقة دمها واجب.

فالذابح قد عَجَّل الواجب فوق موقعه ولا فرق عند الأكثرين بين أن تكون معينة ابتداءً أو عن الواجب في الذمة - كالنذر -.

٦ - لو أحرم وفي يده المشاهدة<sup>(١)</sup> صيد فأطلقه غيره بغير إذنه فالأكثر: لا يضمن؛ لأنه فعل الواجب عليه كما لو أدى عنه دينه في هذا الحال.

أما إن قلنا: يجوز له نقل يده إلى غيره بإعارة أو إيداع كما قاله القاضي وابن عقيل، فالضمان واجب بغير إشكال.

٧ - لو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به عنه غيره ففيه وجهان: أحدهما: لا ضمان عليه كالأضحية. الثاني: الضمان وهو قول القاضي وابن عقيل.

وأما إذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نذره الواجب في الذمة أو كفارته من ماله - أي: من مال المخرج عنه - بغير إذنه حيث لا ولاية له عليه فإنه يضمن في المشهور؛ لأنه لا يسقط به فرض المالك لفوات النية المعتبرة منه وممن يقوم مقامه، وخرَج الأصحاب نفوذه بالإجازة من نفوذ تصرف الفضولي بها.

وهذا الذي ذكرناه في العبادات كالزكاة والأضحية والنذر إنما هو إذا نواه المخرج عن المالك، فأما إن نوى عن نفسه وكان عالماً بالحال فهو غاصب محض فلا يصح تصرفه لنفسه بأداء الزكاة ولا بذبح الأضحية والهدي ولا غيرهما؛ لأنه وقع من أصله تعدياً وذلك ينافي التقرب.

وإن كان يظن الذابح أنها أضحيته؛ لاشتباهاً عليه أجزاء عن المالك.

(١) المشاهدة: بفتح الهاء اسم مفعول من شهود مثل: أن يكون حاملاً قفصاً هو فيه، أو حامله، أو ممسكاً بحبله ونحوه.

والحكمة: أن يكون الصيد في ملكه ولا يكون معه مثل كونه في بلده. [المطلع ١/ ١٧٤].



ومتى قيل بعدم الإجزاء فعلى الذابح الضمان لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة؟ أمّا على رواية تحريم ذبيحة الغاصب فضمان القيمة مُتعيّن، وعلى القول بالحل وهو المشهور فقد يقال: إن كانت معينة عن واجب في الذمة - كالنذر - فحكم هذا الذبح حكم عطبها.

وإذا عطبت فهل ترجع إلى ملكه؟ على روايتين، فإن قيل برجعها إلى ملكه فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة، وإن قيل لا ترجع إلى ملكه - وهو المذهب - فالذبح حينئذ بمنزلة إتلافها بالكلية فيضمن الجميع ويشتري المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه ويصرف الكل مصرف الأضحية، وإن كانت معينة ابتداءً أو تطوعاً فقد فوت على المالك التقرب بها، وكونها أضحية أو هدياً لكن على وجه لا يلزمه بدلها فيحتمل أن يتصدق بلحمها كالعاطب دون محله، ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به، ويحتمل أن يضمه قيمتها وهو أظهر؛ لأنه فوت عليها التقرب بها على وجه لا يعود إليه منها شيء فهو كإتلافها. وأمّا إذا فرق الأجنبي اللحم فقال الأصحاب: لا يجزئ؛ قالوا: وإن تلف فعليه ضمان قيمته، وأبدى ابن عقيل في فنونه احتمالاً بالإجزاء؛ لأن التفرقة ليست واجبة على المالك بدليل ما لو ذبحها فسرت.

ويشهد له قول أحمد في رواية المروزي وغيره في رجل اشترى لقوم نُسكا فاشترى لكل واحد شاة ثم لم يعرف هذه من هذه، قال: يتراضيان ويتحالان ولا بأس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل فدل على أن التفريق إذا وقع من غير قصد ولا تعمد أنه يجزئ، ولولا ذلك لم تجز التضحية بهذه الأضحية المشتبهة، وقد يكون عن واجب في الذمة ويحمل قول أحمد في رواية أبي منصور إذا ذبح كل واحد أضحية الآخر يعتقد أنها أضحيتها: يترادان اللحم مع بقاءه.

**القسم الثاني:** أن يكون ما وجب أدائه غير مملوك له فأداه الغير إلى مستحقه، فإن كان مستحقه معيناً فإنه يجزئ ولا ضمان، وإن لم يكن معيناً ففي الإجزاء خلاف، ويندرج تحت ذلك مسائل:

١ - المغصوب والودائع إذا أداها أجنبي إلى المالك أجزأت ولا ضمان.

- ٢ - إذا اصطاد المحرم صيداً في إحرامه فأرسله غيره من يده فلا ضمان.
- ٣ - إذا دفع أجنبي عيناً موصى بها إلى مستحق معين لم يضمن ووقعت موقعها، وكذا لو كانت الوصية بمال غير معين بل مقدر - كثلث - وإن كانت لغير معين ففي الضمان وجهان.



## القاعدة السابعة والتسعون

## الأموال التي غاب، أو جهل أصحابها

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** من بيده مال أو في ذمته دين يعرف مالكة ولكنه غائب يرجى قدومه، فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم، إلا أن يكون تافها فله الصدقة به عنه، نصّ عليه في مواضع.

**القسم الثاني:** إن كان قد أيس من قدومه بأن مضت مدة يجوز فيها أن تزوج امرأته ويقسم ماله وليس له وارث، فهل يجوز التصرف في ماله بدون إذن الحاكم؟ قد يتخرج على وجهين أصلهما الروايتان في امرأة المفقود هل تتزوج بدون إذن الحاكم أم لا؟ وفي رواية صالح: جواز التصديق به ولم يعتبر حاكماً.

**القسم الثالث:** إن لم يعرف مالكة بل جهل جاز التصديق به عنه بشرط الضمان بدون إذن الحاكم قولاً واحداً على أصح الطريقتين، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل:

١ - اللقطة التي لا تملك - إذا أجزنا الصدقة بها أو التي يخشى فسادها إذا أراد التصديق بها فالمنصوص جواز الصدقة بها من غير حاكم، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى: أنه إن كان يسيراً باعه وتصدق به، وإن كان كثيراً رفعه إلى السلطان.

٢ - اللقيط إذا وُجد معه مال فإنه ينفق عليه منه بدون إذن حاكم ذكره ابن حامد، قال أبو الخطاب: وروى عنه أبو الحارث: ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا بإذن حاكم.

٣ - الرهون التي لا يعرف أهلها نصّ أحمد على جواز الصدقة بها... فإن

كان المالك معروفاً لكنه غائب رفع أمره إلى السلطان، وإن جهل جاز التصرف فيه بدون حاكم، وإن علم صاحبه لكنه آيس منه تصدق به عنه نصّ عليه في رواية أبي الحارث.

٤ - الدائع التي جهل مالکها يجوز التصرف فيها بدون حاكم نصّ عليه، وكذلك إن فقد ولم يطلع على خبره وليس له ورثة يتصدق به نصّ عليه ولم يعتبر حاكماً.

٥ - الغصوب التي جهل ربها فيتصدق بها أيضاً وقد نصّ على ذلك... وكذلك حكم المسروق ونحوه نصّ عليه.

ولو مات المالك ولا وارث له يعلم فذلك يتصدق به عنه نصّ عليه أحمد أيضاً.

**تنبيهان:**

**أحدهما:** الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها نصّ عليه.

**والثاني:** إذا أراد من بيده عين جهل مالکها أن يملكها ويتصدق، بقيمتها عن مالکها، فنقل صالح عن أبيه: الجواز فيمن اشترى أجراً وعلم أن البائع باع ما لا يملك ولا يعرف له أرباباً أرجو إن أخرج قيمة الأجر فتصدق به أن ينجو من إثمه، وقد يتخرج فيه الخلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه.



### القاعدة الثامنة والتسعون

## دفع المال الذي جهل صاحبه إلى من ادّعاه إذا وصفه

من ادّعى شيئاً ووصفه دفع إليه بالصفة إذا جهل ربه، ولم يثبت عليه يد من جهة مالكة وإلا فلا .

ويتخرج على ذلك مسائل :

١ - اللُّقطة يجب دفعها إلى واصفها نصّاً عليه، وإن وصفها اثنان فهي لهما، وقيل : يقرع بينهما، وإن استقصى أحدهما الصفات واقتصر الآخر على القدر الذي يجزئ الدفع فوجهان .

٢ - الأموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة .

٣ - تداعي المؤجر والمستأجر دفناً في الدار فهو لواصفه منهما نصّاً عليه في رواية الفضل بن زياد .

٤ - اللقيط إذا تنازع اثنان أيهما التقطه وليس في يد أحدهما، فمن وصفه منهما فهو أحق به .

٥ - لو وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة فإنه يستحقه بالوصف ونحوه مما يدل على أنه له .



## القاعدة التاسعة والتسعون

### ما يجب بذله من الأموال والمنافع

ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع المحتاج إليها يجب بذله مجاناً بغير عوض في الأظهر، ويندرج تحت ذلك مسائل:

- ١ - الهـر لا يجوز بيعه على أصح الروايتين.
- ٢ - الماء الجاري والكأى يجب بذل الفضل منه للمحتاج إلى الشرب وإسقاء بهائمـه وكذلك زروعه على الصحيح أيضاً، وسواء قلنا: يملكه من هو في أرضه أم لا.
- ٣ - وضع الخشب على جدار الجار إذا لم يضر، وكذلك إجراء الماء على أرضه في إحدى الروايتين - والمذهب ليس له إجراء الماء عليه بغير إذن مالـكه .-
- ٤ - إعارـة الحُلَيّ ظاهر كلام أحمد: وجوبه، واختار بعضهم: وجوب بذل الماعون وهو ما خَفَّ قدره وسهل كالدلو والفأس والقدر والمنخل وإعارة الفحل للضَّراب، وهو اختيار الحارثي وإليه ميل الشيخ تقي الدين.
- ٥ - المصحف تجب عليه إعارته لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد مصحفاً غيره نقله القاضي في الجامع الكبير.
- ٦ - ضيافة المجتازين المذهب وجوبها، وأما إطعام المضطرين فواجب لكن لا يجب بذله مجاناً بل بالعوض.

٧ - المنافع المضطر إليها كمنفعة الظهر للمنقطعين في الأسفار وإعارة ما يضطر إليه، ففي وجوب بذلها مجاناً وجهان - والمذهب: أنه إن اضطر إلى نفع مال الغير مع بقاء عينه لدفع برد أو حرٍّ أو استقاء ماء ونحوه وجب بذله

مجاناً - واختيار الشيخ تقي الدين: أن المضطر إلى الطعام إن كان فقيراً وجب بذله له مجاناً؛ لأن إطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغني فإن الواجب معاوضته فقط وهذا حسن، وحكى الآمدي رواية: أنه لا يضمن المضطر الطعام الذي أخذه من صاحبه قهراً لمنعه إياه.

٨ - رباع مكة لا يجوز بيعها ولا إيجارها على المذهب المنصوص.  
ونقل ابن منصور عن أحمد: ما يدل على جواز البيع دون الإجارة.



## القاعدة المائة

## الواجب بالنذر هل يلحق الواجب بالشرع، أو بالمندوب؟

فيه خلاف يتنزل عليه مسائل كثيرة:

١ - الأكل من أضحية النذر وفيه وجهان اختار أبو بكر الجواز كالأضحية - على رواية وجوبها - في أصح الوجهين، لكن جمهور الأصحاب على خلاف ذلك.

٢ - فعل الصلاة المندورة في وقت النهي، وفيه وجهان: أشهرهما: الجواز.

٣ - نذر صيام أيام التشريق والصلاة في وقت النهي، وفيه وجهان أيضاً، واختار ابن عقيل: أنه كنذر المعصية؛ لأن المتلزم بالنذر هو التطوع المطلق - والمذهب: يجوز نذر الصلاة في أوقات النهي -.

٤ - لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة؟ أو لا بد من ركعتين على روايتين - والمذهب لا يجزئه أقل من ركعتين -.

٥ - لو نذر عتق رقبة لم يجزئه إلا سليمة ذكره القاضي حملاً له على واجب الشرع، ويحتمل - أن يجزئه ما يقع عليه الاسم كالوصية.

٦ - لو نذر صوم شهر فجن في جميعه لم يلزمه قضاؤه على الأصح، وليس كذلك إذا جُنَّ جميع رمضان.

٧ - لو نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، فقدم في أثناء النهار وهو ممسك فصامه أجزاءه على الأصح.  
وعنه: يلزمه قضاؤه.





### القاعدة الحادية بعد المائة

## من خَيْرِ بين شيئين وأمكنه الإتيان بنصفيهما معاً، فهل يجزئه أم لا؟

فيه خلاف يتنزل عليه مسائل:

١ - لو أعتق في الكفارة نصف رقتين، وفيها وجهان وقيل إن كان باقيهما حراً أجزأ واحداً لتكميل الحرية به، وخرّجوا على الوجهين: لو أخرج في الزكاة نصف شيئين وزاد صاحب «التلخيص»: لو أهدى نصف شيئين وفيه نظر إذ المقصود من الهدى اللحم ولهذا أجزأ فيه شقص من بدنة وقد روي عن أحمد ما يدل على الإجزاء هاهنا.

٢ - لو أخرج الجبران في زكاة الإبل شاة وعشرة دراهم - إذ الوارد شاتان، أو عشرون درهماً - فهل يجزئه على وجهين - والمذهب الإجزاء -.

٣ - لو كَفَّرَ يمينه بإطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة فإنه يجزئ على المشهور.

٤ - لو أخرج في الفطرة صاعاً من جنسين، والمذهب الإجزاء ويتخرّج فيه وجه آخر.

٥ - لو كفر في محظورات الحج بصيام يوم وإطعام أربعة مساكين فالأظهر منعه.

وعلى قياس هذا: لو أعتق في كفارة اليمين ثلث رقبة وأطعم أربعة مساكين وكسا أربعة مساكين أنه يجزئه وفيه بعد.

لو أخرج عن أربعمئة من الإبل أربع حقائق وخمس بنات لبون أجزأ

بغير خلاف عندنا؛ لأنه عمل بمقتضى قوله: «في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة»<sup>(١)</sup>؛ ولأن هذه واجبات متعددة فهي ككفارات متعددة.

٧ - إن أخرج بتشقيص كما لو أخرج عن مائتين حقتين - من الإبل - وبنتي لبون ونصفا، فهو كإخراج نصفين شاتين على ما سبق - والمذهب: عدم الإجزاء -.



(١) أخرجه البخاري في باب زكاة الغنم (١٤٥٤)، وهو جزء من كتاب أرسل به أبو بكر رضي الله عنه إلى أهل البحرين، وقد جاء فيه ما يدل على رفعه إلى النبي ﷺ. حيث قال في أوله: «هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين...»، قال ابن حجر: ظاهر في رفع الخبر إلى النبي ﷺ، وأنه ليس موقوفاً على أبي بكر.

## القاعدة الثانية بعد المائة

## في الأسباب المُحرَّمة

من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم، وكان مما تدعو النفوس إليه ألغي ذلك الشرط وصار وجوده كالعدم، ولم يترتب عليه أحكامه ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة:

١ - الفَارُّ من الزكاة قبل تمام الحَوْلِ بتنقيص النصاب أو إخراجه عن ملكه تجب عليه الزكاة.

ولو صرف أكثر أمواله في تملك ما لا زكاة فيه كالعقار والحلي، فهل ينزل منزلة الفَارِّ؟ على وجهين - والمذهب: لا يعتبر فَارًّا -.

٢ - المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه، إلا أن تنتفي التهم بسؤال الزوجة ونحوه ففيه روايتان - والمذهب: أنها لا تراث مع انتفاء تهمة حرمانها من الإرث -.

٣ - القاتل لموروثه لا يرثه، وسواء كان متهماً أو غير متهم عند أكثر الأصحاب، وحكى ابن عقيل وجهاً: أنه متى انتفت التهمة كقتل الصبي والمجنون لم يمتنع الإرث، قال: وهو أصح عندي.

٤ - قتل الموصى له الموصي بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقتين.

٥ - السكران بشرب الخمر عمداً يجعل كالصّاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور من المذهب، بخلاف من سكر بينج أو نحوه.

٦ - لو أزال عقله بأن ضرب رأسه فجُنَّ فإنه لا يقع طلاقه على المنصوص؛ لأن ذلك مما لا تدعو النفوس إليه بل في الطبع وازع عنه، ولذلك لا يجب عليه قضاء الصلاة إذا جُنَّ في هذه الحالة على الصحيح.

- ٧ - تخليل الخمر لا يفيد حلّه ولا طهارته على المذهب الصحيح .
- ٨ - ذبح الصيد في حق المحرم لا يبيحه بالكلية، وذبح المحل للمحرم لا يبيحه للمحرم المذبح له وفي حلّه لغيره من المحرمين وجهان .
- قاعدة:** من تعجّل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم، عوقب بحرمانه، ويدخل فيها من مسائل:
- ١ - مسألة قتل الموروث والموصى له - يحرم من الإرث ومن الوصية وتقدم قريباً - .
- ٢ - العالّ من الغنيمة يحرم سهمه منها على إحدى الروايتين - والمذهب: لا يحرم سهمه من الغنيمة لوجود سبب استحقاقه - .
- ٣ - من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأبيد على رواية - والمذهب: أنها لا تحرم عليه - .
- ٤ - من تزوجت بعدها فإنه يحرم عليها على التأبيد .
- ٥ - من اصطاد صيداً قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له وإن تحلل، حتى يرسله ويطلقه .
- ٦ - إذا قتل الغريم غريمه فإنه يحل دينه عليه كما لو مات صرّح به جماعة من الأصحاب .
- ويتخرج فيه وجه آخر: أنه لا يحل طرداً للقاعدة .



## القاعدة الثالثة بعد المائة

## اعتبار المُوالاتة في الفعل الواحد

الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد، ولا ينقطع بالفرق اليسير، ولذلك صور:

١ - مكثرة الماء النجس القليل بالماء الكثير - أي: عند تطهير الماء النجس القليل دون القلتين بإضافة ظهور يشترط أن يكون كثيراً وهو ما بلغ قلتين وأن تتواصل الإضافة؛ لأنه إذا أضيف ماء قليل دون القلتين فإنه ينجس بمجرد الملاقاة على المذهب، فلا يحصل التطهير فلا بد من مواصلة إضافة الكثير - يعتبر له الاتصال المعتاد دون صب القلتين دفعة واحدة.

٢ - الوضوء إذا اعتبرنا له المُوالاتة لم يقطعه التفرق اليسير، وهل الاعتبار بالعرف أو بجفاف الأعضاء؟ على روايتين - والمذهب: المعتبر جفاف الأعضاء بزمان معتاد -.

٣ - الصلاة يجوز البناء عليها إذا سلم ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك.

٤ - المسافر إذا أقام مدة أربعة أيام<sup>(١)</sup> فهو سفر واحد يبنى بعضه على بعض، وإن زاد لم يبن.

٥ - إذا ترك العمل في المعدن الترك المعتاد أو لعذر ولم يقصد الإهمال، ثم عاد إلى الاستخراج ضم الأول إلى الثاني في النصاب.

٦ - الطواف إذا تخلله صلاة مكتوبة أو جنازة يبنى عليه سواء قلنا المُوالاتة سُنَّة أو شرط على أشهر الطريقين للأصحاب.

(١) هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها والمطبوع يومين.

٧ - لو حلف لا أكلت إلا أكلة واحدة في يومي هذا فأكل متواصلاً لم يحنث، ولو طال زمن الأكل وإن قطع ثم عاد بعد طول الفصل حنث.

٨ - وقياسه: لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة، فإن الوطء في العُرف عبارة عن الوطء التام المستدام إلى الإنزال، ولا يبعد أن يقال مثله فيمن رتب حكماً على مطلق الوطء.

ولكن منصوص الحنث بالتقاء الختانين.

٩ - لو أخرج السارق من الحِرز بعض النصاب ثم دخل وأخرج باقيه وكل منهما بانفراده لا يبلغ نصاباً فإن لم يطل الفصل بينهما قطع، وإن طال ففيه وجهان - والمذهب: عدم القطع -.

١٠ - إذا ترك المرتضع الشدي بغير اختياره ثم عاد إليه قبل طول الفصل فهي رضعة واحدة، وإن كان من امرأتين فوجهان، وحكى عن أبي بكر: أنها تكون رضعتين في جميع ذلك وأنه ظاهر كلام أحمد، والله أعلم.



## القاعدة الرابعة بعد المائة

## الرضا بالمجهول قدراً أو وصفاً

وفيه قسمان:

**القسم الأول:** أن يكون الملتزم عقداً أو فسخاً يصح إبهامه بالنسبة إلى أنواعه أو إلى أعيان من يرد عليه صحّ الرضا به ولزم بغير خلاف.

**القسم الثاني:** أن يكون غير ذلك، ففيه خلاف.

فالأول له صور:

- ١ - أن يحرم بمثل ما أحرم به فلان أو بأحد الأنساك فيصح.
- ٢ - إذا طلق إحدى زوجاته فيصح وتعين بالقرعة على المذهب.
- ٣ - لو أعتق أحد عبيده فيصح ويعين بالقرعة أيضاً على الصحيح.

وأما الثاني فله صور:

١ - إذا طلق بلفظ أعجمي من لا يفهم معناه والتزم موجهه عند أهله ففي لزوم الطلاق له وجهان، والمنصوص في رواية أبي الحارث: أنه لا يلزمه الطلاق وهو قول الأكثرين.

٢ - إذا طلق العجمي بلفظ الطلاق ولم يفهم معناه، ولكنه التزم موجهه عند العرب، فيه الخلاف.

٣ - إذا أعتق العجمي أو العربي بغير لغته ولم يفهم معناه، ففيه خلاف ونص أحمد في رواية عبد الله: أنه لا يلزم العتق.

٤ - إذا قال لامرأته: أنت طالق مثل ما طلق فلان زوجته، ولم يعلم فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكل حال أو لا يلزمه أكثر من واحدة؟ فيه وجهان.

٥ - إذا قال: أيمان البيعة تلزمني لأفعلن كذا ولم يعلم ما هي؟.

فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا تنعقد يمينه بالكلية.

**والثاني:** تنعقد إذا لزمها ونواها وبه أفتى أبو القاسم الخرقى فيما حكى عنه ابن بطة، قال أبو القاسم: وكان أبي يتوقف فيها ولا يجيب فيها بشيء.

**والثالث:** ينعقد فيما عدا اليمين بالله بشرط النية بناء على أن اليمين بالله لا تصح بالكناية.

٦ - لو قال: أيمان المسلمين تلزمني ففي الخلاف للقاضي: يلزمه اليمين بالله تعالى والطلاق والعِتاق والظُّهار والنذر نوى ذلك أو لم ينو، وهو مفرع على قوله في أيمان البيعة، قال الشيخ مجد الدين: وذكره اليمين بالله تعالى والنذر مبني على قولنا بعدم تداخل كفارتيهما.

فأما على قولنا بالتداخل فيجزئه لهما كفارة يمين، وقياس المشهور عن أصحابنا في يمين البيعة: أنه لا يلزمه شيء حتى ينويه ويلتزمه، أو لا يلزمه شيء بالكلية حتى يعلمه، أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها.

٧ - البراءة من المجهول وأشهر الروايات: صحتها مطلقاً سواء جهل المبرئ قدره، أو وصفه، أو جهلها معاً، وسواء عرفه المبرئ أو لم يعرفه.

**والثانية:** لا يصح إذا عرفه المبرئ سواء علم المبرئ بمعرفته أو لم يعلم، وفيه تخريج: أنه إن علم معرفته صح، وإن ظن جهله لم يصح؛ لأنه غار له.

**والثالثة:** لا تصح البراءة من المجهول، وإن جهلاه إلا فيما تعذر علمه للضرورة، وكذلك البراءة من الحقوق في الأعراض والمظالم.

٨ - البراءة من عيوب المبيع، وفيه روايتان، أشهرهما: أنه لا يبرأ.

**الثانية:** يبرأ إلا من عيب علمه فكتمه لتغيره وغشه.

٩ - إجازة الوصية المجهولة وفي صحتها وجهان<sup>(١)</sup>.



(١) ينظر: القاعدة الآتية، الفرع السادس.



## القاعدة الخامسة بعد المائة

### في إضافة الإنشاءات والإخبارات إلى المبهمات

أولاً: الإنشاءات، وهي أقسام:

القسم الأول: العقود وهي أنواع:

أحدها: عقود التمليكات المحضة كالبيع والصلح بمعناه - أي: بمعنى البيع كصلح الإقرار كأن يقر له بعين ككتاب فيصالحه عليه فيأخذ بدل الكتاب عشرة دراهم - وعقود التوثقات كالرهن والكفالة والتبرعات اللازمة بالعقد.

أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة، وتحت فروع:

١ - أن يكون مبهماً من أعيان متفاوتة فلا يصح كعبد من عبيد، وشاة من قطيع، وكفالة أحد هذين الرجلين، وضمان أحد هذين الدينين، وفي الكفالة احتمال؛ لأنه تبرع فهو كالإعارة والإباحة.

٢ - أن يكون مبهماً من أعيان متساوية مختلطة فيصح - كمُد من صبرة هذا البرّ -.

٣ - أن يكون متميزاً متفرقاً - كمُد من إحدى هاتين الصبرتين من البرّ - ففيه احتمالان ذكرهما في التلخيص، وظاهر كلام القاضي: الصحة فإنه ذكر في الخلاف أنه يصح إجارة عين من أعيان متقاربة النفع؛ لأن المنافع لا تتفاوت كالأعيان.

٤ - وإن كانت مختلفة من جنس واحد كصبرة مختلفة الأجزاء - كصبرة بطيخ مختلفة بالصغر والكبر - فوجهان:

أحدهما: البطلان كالأعيان المتميزة.

والثاني: الصحة وله من كل نوع بحصته.

الثاني: عقود معاوضات غير متمحضة - في العوض - كالصداق وعوض

الخلع، والصلح عن دم العمد ففي صحتها على مبهم من أعيان مختلفة - كأن يصدق زوجته ثوباً من ثيابه - وجهان أصحهما الصحة.

وفي الكتابة طريقتان:

أحدهما: أنها كذلك وهي طريقة القاضي.

والثاني: لا تصح وجهاً واحداً؛ لأن عوضها مال محض.

**الثالث:** عقد تبرع معلق بالموت - كالوقف المعلق بالموت - فيصح في المبهم - كأن يقف بيتاً من بيوته إذا مات - بغير خلاف لما دخله من التوسع كعبد من عبيده وشاة من قطيعه وهل يعين بتعيين الورثة أو بالقرعة؟ على روايتين.

**الرابع:** عقود الإباحات كإعارة أحد هذين الثوبين، وإباحة أحد هذين الرغيفين، فيصح.

**الخامس:** عقود المشاركات والأمانات المحضة، مثل: أن يقول: ضارب بإحدى هاتين المائتين وهما في كيسين ودع عندك الأخرى وديعة، أو ضارب من هذه المائة بخمسين فإنه يصح للتمائل ذكره صاحب التلخيص، والمذهب: عدم الصحة.

**السادس:** أن يكون الإبهام في التملك على وجه يؤول إلى العلم كقوله: أعطوا أحد هذين كذا صحت الوصية، كما لو قال في الجعالة: من ردّ عبدي فله كذا، وإن كان على وجه لا يؤول إلى العلم كالوصية لأحد هذين ففيه روايتان - والمذهب: عدم الصحة - وعلى الصحة يميز بالقرعة.

**السابع:** الفسوخ فما وضع منها على التغليب والسراية صح في المبهم كالطلاق والعتاق<sup>(١)</sup>، وخرج صاحب التلخيص وجهاً في الوقف أنه كالعتق لما

(١) فالطلاق مبني على السراية والتغليب. مثال السراية: طلق جزءاً من بدن زوجته كيدها فيسري إلى جميع بدنها.

ومثال التغليب: قال زوجتي طالق فتطلق جميع زوجاته؛ لأن المفرد المضاف يعم. والعتاق مبني على السراية والتغليب. مثال السراية: أعتق جزءاً من بدن رقيقه كيده فيسري إلى جميع بدنه.

فيه من التحرير والمذهب خلافه؛ لأن الوقف عقد تمليك فهو بالهبة أشبه.

ثانياً: الإخبارات، وهو أقسام:

الأول: أن يكون خبراً دينياً، أو كان يجب به حق على المخبر قبل في المبهم.

الثاني: أن يتعلق به وجوب حق على غيره لم يقبل إلا فيما يظهر له فيه عذر الاشتباه، ففيه الخلاف.

الثالث: أن يتعلق به وجوب الحق على غيره لغيره، فحكمه حكم إخبار من وجب عليه الحق، ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - لو أخبره أن كلباً ولغ في أحد هذين الإنائين لا بعينه قبل وصار كمن اشتبه عليه طاهر بنجس، وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثوبين، أو أن أحد هذين اللحمين ميتة والآخر مُدْكَاة ونحو ذلك.

٢ - الإقرار فيصح في المبهم ويلزم بتعيينه، مثل: أن يقول: أحد هذين ملك لفلان، أو له عندي درهم أو دينار.

ويصح للمبهم كما لو أقر أنه أعتق أحد هذين العبدین، أو أعتقه موروثه، وكذلك إذا أقر أنه زوج إحدى بناته من رجل ولم يسمها، ثم مات فإنها تميز بالقرعة على المنصوص.

٣ - الدعوى بالمبهم - كما لو ادعى أن زيداً أوصى له بثوب - فإن كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهماً كالوصية والعبد المطلق في المهر ونحوه فإنها تصح.

وأما الدعوى على المبهم فلا تصح ولا تسمع ولا يثبت بها قسامة<sup>(١)</sup> ولا غيرها - كما لو ادعى أن القاتل أحد هذين الرجلين -.

قال في «الترغيب»: ويحتمل أن تسمع للحاجة فإن مثله يقع كثيراً

= ومثال التغليب: قال رقيبتي حر فيعتق جميع رقبتي؛ لأن المفرد المضاف يعم.  
(١) القسامة: أي مان مكرره في دعوى قتل معصوم. فإذا كانت الدعوى على مبهم أنه الذي قتل لم تسمع هذه الأيمان.

ويحلف كل واحد منهما قال: وكذلك يجري في دعوى الغصب والإتلاف والسرقة - كما لو ادعى أنه غصب أو أتلف، أو سرق كتاباً من كتبه - ولا يجري في الإقرار والبيع إذا قال: نسيت؛ لأنه مقصر.

٤ - الشهادة بالمبهم فإن كان المشهود به يصح مبهماً صحت الشهادة به كالعتق والطلاق والإقرار والوصية - كما لو شهد أنه أعتق أحد رقيقه، أو شهد أنه طلق إحدى نسائه، أو شهد أنه أقر بأحد الثوبين، أو شهد أنه أوصى بأحد بيتيه - وإلا لم يصح لا سيما الشهادة التي لا تصح بدون دعوى فإنها تابعة للدعوى في الحكم، أما إن شهدت البينة أنه طلق أو أعتق أو أبطل وصية معينة وادعت نسيان عينها ففي القبول وجهان حكاهما في المحرر، وجزم ابن أبي موسى بقبول الشهادة بالرجوع عن إحدى الوصيتين مطلقاً.

### فَضَّلْ

ولو تعلق الإنشاء - كعقد من العقود - باسم لا يتميز به مسماه لوقوع الشركة فيه - كما لو تعلق باسم محمد، وفيه أكثر من هذا الاسم -، فلا يخلو من أمرين:

**الأول:** أن ينوي به معيناً فإن كان العقد مما لا يشترط له الشهادة<sup>(١)</sup> صحَّ، وإلا ففيه خلاف.

**الثاني:** أن لا ينوي في الباطن معيناً فهو كالتصريح بالإبهام.

والإخبار تابع للإنشاء في ذلك، ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز مسماه لا يصح.

فلو قال: زوجتك بنتي وله بنات لم يصح، وأما إن عينا في الباطن واحدة وعقدا العقد عليها باسم غير مميز نحو أن يقول: بنتي وله بنات، أو يسميها باسم وينوي في الباطن غير مسماه، ففي الصحة وجهان، والمذهب: عدم الصحة.

(١) العقد الذي تشترط له الشهادة عقد النكاح، وبقية العقود لا تشترط لها الشهادة.

٢ - الوصية لجاره محمد، وله جاران بهذا الاسم فله حالتان:

إحدهما: أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحداً منهما معيناً وأشكل علينا معرفته فهنا تصح الوصية بغير تردد، ويخرج المستحق منهما بالقرعة.  
الحالة الثانية: أن يطلق وقد يذهل عن تعيين أحدهما بعينه فهو كالوصية لأحدهما مبهماً، والمنصوص عن أحمد: الصحة.

٣ - اشتباه المدعى عليه إذا كتب القاضي إلى قاضٍ ببلد آخر أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان المسمى الموصوف كذا.

فأحضره المكتوب إليه بالصفة والنسب فادّعى أن له مشاركاً في ذلك ولم يثبت: حكم عليه، وإن أثبت أن له مشاركاً في الاسم والصفة والنسب وقف حتى يعلم الخصم منهما ولم يجز القضاء مع عدم العلم.

٤ - لو كان له ابنتان اسمهما واحد فوهب لإحديهما شيئاً، أو أقر لها ثم مات، ولم يبين فقال القاضي: قياس المذهب إخراج المستحقة منهما بالقرعة.

٥ - لو وجد في كتاب وقف أن رجلاً وقف على فلان وبني بنيّه واشتبه هل المراد بني بنيّه، أو بني بنته؟

قال الشيخ تقي الدين: . . . . . فيحتمل أن يقرع ههنا؛ لأن الحق ثبت لإحدى الجهتين ولم يعلم عينها، ويحتمل أن يرجح بنو البنين؛ لأن العادة أن الإنسان إذا وقف على ولد بنته لا يخص بنيتها الذكور بل يعم أولادها بخلاف الوقف على ولد الذكور فإنه يخص ذكورهم كثيراً. . . قال: وهذا أقرب إلى الصواب.

وأفتى - رَحِمَهُ اللهُ -: فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجهل اسمه أنه يميز بالقرعة.



## القاعدة السادسة بعد المائة

## ينزل المجهول منزلة المعدوم إذا يئس من الوقوف عليه أو شق اعتباره

وذلك في مسائل:

١ - الزائد على ما تجلسه المستحاضة من أقل الحيض أو غالبه إلى منتهى أكثره، حكمه حكم المعدوم - حيث إن المستحاضة المبتدأة؛ أي: التي أصابها الدم أول مرة واستمر معها تأخذ أحكام الحائض يوماً وليلة، ثم تغتسل وتأخذ أحكام الطاهرات إلى أكثر الحيض - حيث حكمنا فيها للمرأة بأحكام الطاهرات كلها، فإن مدة الاستحاضة تطول ولا غاية لها تنتظر.

٢ - امرأة المفقود لغيبة ظاهرها الهلاك - كمن فُقدَ في غرق سفينة في لُجّة البحر - ترتبص أربعة سنين، ثم بعد ذلك تباح للأزواج ويقسم ماله بين الورثة.

٣ - اللُّقطة بعد الحَوْل فإنها تتملك لجهالة ربها، وما لا يتملك منها يتصدق به عنه على الصحيح، وكذلك الودائع والغصوب ونحوها.

٤ - مال من لا يعلم له وارث فإنه يوضع في بيت المال كالضائع مع أنه لا يخلو من بني عم أعلى؛ إذ الناس كلهم بنو آدم فمن كان أسبق إلى الاجتماع مع الميت في أب من آبائه فهو عصبته ولكنه مجهول فلم يثبت له حكم، وجاز صرف ماله في المصالح.

وينبغي على ذلك مسألة اقتصاص الإمام ممن قتل من لا وارث له، وفي المسألة وجهان: والمذهب: للإمام الاقتصاص.

٥ - إذا اشتبهت أخته بنساء أهل مصر جاز له الإقدام على النكاح من نسائه ولا يحتاج إلى التحري في ذلك على أصح الوجهين، وكذلك لو

اشتبهت ميتة بلحم أهل مصر أو قرية، أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك إلا أن يكثر الحرام ويغلب، فتخرج المسألة على تعارض الأصل والظاهر كثياب الكفار وأوانيهـم.

٦ - طين الشوارع محكوم بطهارته على الصحيح المنصوص.

٧ - إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها فإنها تميز بالقرعة، ويحل له وطء البواقي على المذهب الصحيح المشهور، وكذلك لو أعتق واحدة من إماءه.

٨ - إذا أحرم بنسك وأنسيه ثم عينه بقران فإنه يجزئه عن الحج، وهل يجزئه عن العمرة؟ على وجهين: أشهرهما: عند المتأخرين: لا يجزئه لجواز أن يكون أحرم بحج أو لا، ثم أدخل عليه العمرة بنية القرآن فلا تصح عمرته.

والثاني: يجزئه؛ لأنه إنما يمنع من إدخال العمرة على الحج مع العلم فأما مع عدمه فلا، تنزيلاً للمجهول كالمعدوم، فكأنه ابتداء الإحرام بهما من حين التعيين.



## القاعدة السابعة بعد المائة

## تمليك المعدوم له نوعان

أحدهما: أن يكون بطريق الأصالة فالمشهور: أنه لا يصح - كما لو وقف على من سيولد له - .

والثاني: أن يكون بطريق التبعية فيصح في الوقف والإجازة وهذا إذا صرح بدخول المعدوم، فأما إن لم يصرح وكان المحل لا يستلزم المعدوم ففي دخوله خلاف، وكذا لو انتقل الوقف إلى قوم فحدث من يشاركهم، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل:

- ١ - الإجازة لفلان ولمن يولد له فإنها تصح .
- ٢ - الإجازة لمن يولد لفلان ابتداء فأفتى القاضي فيها بالصحة مطلقاً .
- ٣ - الوقف على من سيولد له فصرّح القاضي في خلافه بأنه لا يصح؛ لأنه وقف على من لا يملك في الحال .
- وظاهر كلام أحمد في رواية صالح: صحته .
- ٤ - الوقف على ولده وولد ولده أبداً أو من يولد له فيصح بغير إشكال نصّ عليه .

٥ - لو وقف على ولده وله أولاد موجودون، ثم حدث له ولد آخر ففي دخوله روايتان - والمذهب: عدم دخوله - .

٦ - لو وقف على ولده ثم على ولدهم أبداً على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ومن مات عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته فكان في درجته عند موته اثنان مثلاً فتناولا نصيبه ثم حدث ثالث فهل يشاركهم؟ يخرج فيه وجهان من التي قبلها، والدخول هنا أولى وبه أفتى الشيخ شمس الدين ابن أبي عمر المقدسي .



وأما حكم الوصية فإنها لا تصح لمعدوم بالأصالة كمن تحمل هذه الجارية صرّح به القاضي وابن عقيل، وفي دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصي روايتان.

وذكر القاضي فيمن وصّى لمواليه وله مدبرون وأمّهات أولاد أنهم يدخلون، وعُلِّلَ بأنهم موال حال الموت، والوصية تعتبر بحال الموت، وخرجه الشيخ تقي الدين على الخلاف في المتجدد بين الوصية والموت.

قال: بل هذا متجدد بعد الموت فمنعه أولى، وهذا الذي قاله يتوجه إن عللنا الوصية بصدق الاسم، فأما إن كان قصد الموصي: الوصية لأعيان رقيقه وسماهم باسم يحدث لهم فإنهم يستحقون الوصية بغير توقف.

وأفتى الشيخ أيضاً: بدخول المعدوم في الوصية تبعاً كمن وصى بَعْلَةً ثمّره للفقراء إلى أن يحدث لولده ولد فيكون له، وهو قريب من تعليق الوصية بشرط آخر بعد الموت.



## القاعدة الثامنة بعد المائة

## ما جهل وقوعه مترتباً أو متقارناً حكم بالتعاقب لبعده التقارن

وفيه خلاف.

ويندرج تحت ذلك صور:

١ - المتوارثان إذا ماتا جملة بهدم أو غرق أو طاعون وجهل تقارن موتهما وتعاقبه حكمنا بتعاقبه على المذهب المشهور، وورثنا كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله - أي: القديم الذي لم يرثه منه - دون ما ورثه من صاحبه.

وخرج أبو الخطاب رواية أخرى: بعدم التوارث للشك في شرطه - أي: الأثر - وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجهل عينه، أو علم عينه ثم نسي على المذهب.

٢ - إذا أقيم في المصر جُمعتان لغير حاجة وشك هل أحرم بهما معاً فيبطلان وتعاد الجمعة، أو أحرم بهما متربتين فيصلّي الظهر؟ على وجهين أصحهما: تعاد الظهر؛ لأن التقارن مستبعد، وعلى الثاني: تعاد الجمعة إمّا لاحتمال المقارنة أو تنزيلاً للمجهول كالمعدوم.

٣ - إذا زوج وليّان وجهل هل وقع العقدان معاً فيبطلان أو متربتين فيصح أحدهما بالقرعة؟ ففيه وجهان: أحدهما: يبطلان لاحتمال التقارن - وهو المذهب -.

والثاني: لا لاستبعاده.

٤ - إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول واختلفا هل أسلما معاً أو متعاقبين فهل القول قول مدعي التقارن فلا يفسخ النكاح أو مدعي

التعاقب؛ لأن الظاهر معه؟ على وجهين يرجعان إلى تعارض الأصل والظاهر.

٥ - إذا كان في يد رجل عبد فادّعى رجلان كل منهما أنه باعه هذا العبد بألف وأقاما بذلك بينتين ولم يؤرخا فهل يصح العقدان ويلزمه الثمنان لجواز أن يكون في عقدين في وقتين مختلفين، أو تتعارض البيئتان، لجواز أن يكون عقداً واحداً فيسقطان، والأصل براءة ذمته؟ على وجهين.



## القاعدة التاسعة بعد المائة

### المنع من التصرف في المُبهم

تحت هذه القاعدة أقسام:

**القسم الأول:** المُبهم، أو المعين المشتبه بغيره مع تأثير الاشتباه يمنع من التصرف في الجميع حتى يميز ذلك المُبهم أو المشتبه.

**القسم الثاني:** المنع من الجمع يؤثر فيما يحصل به الجمع خاصة، فإذا حصل الجمع المانع دفعة واحدة، ولا مَزِيَّة لواحد منهما منع من الجميع، وإن كان لأحدهما مزية اختص المنع به.

**القسم الثالث:** المنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع فيقتضي العموم. فلأول أمثلة:

١ - إذا طلق واحدة مبهمة منع من وطء زوجاته حتى تميز بالقرعة على الصحيح، وحكي رواية أخرى: أنه يميزها بتعيينه.

٢ - إذا أعتق أمة من إماء مبهمة منع من وطء واحدة منهن حتى تميز المعتقة بالقرعة، وفيه وجه بتعيينه.

٣ - إذا اشتبهت المطلقة ثلاثاً بزوجاته منع من وطء واحدة منهن حتى يميز المطلقة، ويميزها بالقرعة على ظاهر المذهب.

٤ - لو اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنيبات منع من التزوج بكل واحدة منهن حتى يعلم أخته من غيرها.

٥ - إذا اشتبهت ميتة بِمُذَكَّاة فإنه يمنع من الأكل منهما حتى يعلم المُذَكَّاة.

٦ - اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة يمنع من الطهارة بواحد منها حتى يتيقن عين الطاهر.

٧ - لو حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة فاختلطت في تمر فإنه يمنع من أكل ثمرة منه حتى يعلم عين الثمرة، وإن كنا لا نحكم عليه بالحنث بأكل واحدة.

٨ - لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يوطأ واحدة منهن، ونوى واحدة مبهمة فإنه يمنع من الوطء حتى يميزها بالقرعة، وقيل: بتعيينه.

٩ - لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن أو أسلم واحد منهم ثم تداعوه حرم قتلهم بغير خلاف، وفي استرقاقهم وجهان: أحدهما: وهو المنصوص أنه يحرم مع التداعي.

**والثاني:** أنه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرق الباقيون، وهو قول أبي بكر والخرقى ورجحه ابن عقيل والصحيح الأول؛ لأن أهل الحصن لم يسبق لهم رق فأرقاقهم إلا واحد يؤدي إلى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته.

### والثاني أمثلة:

١ - إذا ملك أختين أو أمًّا وبتًّا فالمشهور: أن له الإقدام على وطء واحدة منهما ابتداء فإذا فعل حرمت الأخرى؛ لأن المحرم هو ما يحصل به الجمع.

٢ - إذا وطئ الأختين واحدة بعد الأخرى يمنع من وطئهما جميعاً حتى يحرم إحداهما - بإخراج عن ملكه ببيع أو عتق، ونحو ذلك - لثبوت استفراشهما جميعاً.

٣ - إذا أسلم الكافر وتحتته أكثر من أربع نسوة فأسلمن أو كن كتابيات، فالأظهر: أن له وطء أربعاً منهن ويكون اختياراً منه؛ لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع، وكلام القاضي قد يدل على هذا، وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار.

٤ - لو قال لزوجاته الأربع: والله لا وطئتكن، وقلنا لا يحنث بوطء البعض فأشهر الوجهين: أنه لا يكون مؤلياً حتى يوطأ ثلاثاً فيصير حينئذ مؤلياً من الرابعة، وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب؛ لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلا تكون يمينه مانعة بخلاف ما إذا وطئ ثلاثاً فإنه لا يمكنه وطء الرابعة بدون حنث.

**والثاني:** هو مُؤَل في الحال من الجميع وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل في عُمْدِهِ، وقالوا: هو ظاهر كلام أحمد، ومأخذ الخلاف: أن الحكم المعلق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم على ما يتم به مسماها حسب، أم على مجموع الأجزاء في حالة الاجتماع دون الانفراد؟ فعلى الثاني يكون مُؤَلِّياً من الجميع ويتوقف حثه بوطء كل واحدة على وطء البواقي معها.

٥ - إذا زنى بامرأة وله أربع نسوة ففي التعليق للقاضي: يمنع من وطء الأربع حتى يظهر بالزانية حمل، واستبعده مجد الدين فيمسك عن واحدة؛ لأن التحريم هنا لأجل الجمع بين خمس فيكفي فيه أن يمسك عن وطء واحدة منهن حتى تستبرئ.

وقد ذكر صاحب المغني: مثله فيمن أسلم على خمس نسوة ففارق واحدة فإنه يمسك عن وطء واحدة منهن حتى تستبرئ المفارقة.

٦ - إذا تزوج خمساً أو أختين في عقد واحد فالنكاح باطل؛ لأن الجميع حصل به ولا مَزِيَّة للبعض على البعض فيبطل.

وأما إن كان لبعضهم مزية فله صور:

١ - إذا تزوج أمّاً وبنْتاً في عقد واحد ففيه وجهان: أحدهما: يبطل النكاحان معا - وهو المذهب -.

**والثاني:** يبطل نكاح الأم وحدها حكاه صاحب الكافي وجزم به صاحب المحرر؛ لأن نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم إذا عري عن الدخول بخلاف العكس، فكان نكاح الأم أولى بالإبطال.

٢ - لو أسلم الكافر على أم وبنْت لم يدخل بواحدة منهما، فالمذهب: أنه يفسخ نكاح الأم وحدها، وتحرم عليه على التأييد ويثبت نكاح البنت نصّ عليه أحمد.

٣ - لو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بها حتى أرضعت الصغيرة فسد نكاح الكبيرة لمصيرها من أمهات نسائه، وفي الصغيرة. روايتان: إحداها: يفسد نكاحها أيضاً كمن عقد على أم وبنْت ابتداء.

والثانية: لا يبطل وهي أصح؛ لأن الجمع هاهنا حصل في الاستدامة دون الابتداء والدوام أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم عن أم وبنت.

٤ - لو كان تحت ذمي أربع نسوة ثم استرق لِحُوقِه بدار الحرب أو غيره قال الشيخ مجد الدين: يحتمل أن يتخير منهن اثنتين كما لو أسلم عبد وتحتة أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع كالرضاع الحادث المحرم للجمع.

٥ - لو تزوج حرّة وأمة في عقد وهو فاقد لشرط نكاح الإماء - وهو عدم طُول الحرية، وخوف العنت - فإنه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصح؛ لأن الحرية تمتاز عليها بصحة ورود نكاحها عليها في مثل هذه الحال ولا عكس.

### وللثالث وهو المنع من القدر المشترك أمثلة:

١ - لو قال لزوجاته: والله لا وطئت إحداكن ناوياً بذلك الامتناع من وطء مسمى إحداهن وهو القدر المشترك بين الجميع، فيكون مؤلياً من الجميع مع أن العموم يستفاد أيضاً من كونه مفرداً مضافاً.

أما لو قال: لا وطئت واحدة منكن فالمذهب الصحيح: أنه يعم الجميع، وهو قول القاضي والأصحاب بناء على أن النكرة في سياق النفي تفيد العموم.

٢ - إذا قال: إن خرجت من الدار مرة بغير إذني فأنت طالق ونوى بذلك القدر المشترك بين المرات اقتضى العموم بغير إشكال، وإن أطلق فقال القاضي في خلافه: تتقيد يمينه بمرة واحدة، وسلم أنه لو أذن لها مرة فخرجت بإذنه ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم تطلق، وخالفه أبو الخطاب وابن عقيل في خلافيهما وهو الحق.



## القاعدة العاشرة بعد المائة

### من ثبت له أحد أمرين فاختر، أو أسقط أحدهما

تحتها أقسام:

**القسم الأول:** من ثبت له أحد أمرين فاختر أو أسقط أحدهما ثبت له الآخر.

**القسم الثاني:** من ثبت له أحد أمرين فامتنع منهما وفي ذلك ضرر على غيره، وكان حقاً مالياً ثابتاً استوفي له الحق الأصلي، وإن كان حقاً مالياً غير ثابت سقط، وإن كان الحق غير مالي ألزم بالاختيار.

**القسم الثالث:** إذا وجد حق واجب للشخص وعليه ومستحقه غير معين أجبر على تعيينه وتوفيته، وإن كان معيناً استوفي الحق منه لمستحقه.

**القسم الرابع:** إذا كان على الشخص حق يمكن استيفاءه، استوفي منه، وإن كان عليه حقان أصل وبدل فامتنع عن البدل حكم عليه بالأصل.

ويندرج تحت هذه القاعدة صور:

١ - لو عفى مستحق القصاص عنه، وقلنا: الواجب أحد أمرين - القصاص أو الدية - تعين له المال، ولو عفى عن المال ثبت له القود.

٢ - لو اشترى شيئاً فظهر على عيب فيه ثم استعمله استعمالاً يدل على الرضا بإمساكه لم يسقط حقه من المطالبة بالأرث عند ابن عقيل؛ لأن العيب موجب لأحد شيئين إما الرد وإما الأرث فإسقاط أحدهما لا يسقط به الآخر.

وقال ابن أبي موسى والقاضي: يسقط الأرث أيضاً وفيه بعد.

٣ - لو أتاه الغريم بدينه في محله ولا ضرر عليه في قبضه فإنه يؤمر بقبضه أو إبرائه، فإن امتنع قبضه له الحاكم وبرئ غريمه.



- ٤ - لو امتنع الموصى له من القبول والرد حكم عليه بالرد وسقط حقه من الوصية .
- ٥ - لو تحجر مواتاً وطالت مدته ولم يحيه ولم يرفع يده عنه، فإن حقه يسقط منه .
- ٦ - لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة وامتنع من الاختيار، حبس وعُزِّر حتى يختار .
- ٧ - لو أخرت المعتقة تحت عبد الاختيار حتى طالت المدة أجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الإقامة بالتمكين من الاستمتاع .
- ٨ - لو أبى المولى بعد المدة أن يفيء أو يطلق فروايتان: إحداهما: يحبس حتى يفيء أو يطلق .
- والثانية: يفرق الحاكم بينهما .
- ٩ - لو حلَّ دينُ الرهن وامتنع من توفيته وليس ثم وكيل في البيع باعه الحاكم ووفى الدين منه .
- ١٠ - لو ادَّعى عليه فأنكر وطلب منه اليمين فنكل عنها وقضى عليه بالنكول وجعل مقرأً؛ لأن اليمين بدل عن الإقرار فإذا امتنع من البدل حكم عليه بالأصل .
- ١١ - لو نكل المُدَّعى عليه عن الجواب بالكلية فإن كانت الدعوى مما يقضى فيها بالنكول فهل يقضى عليه به هنا أم يحبس حتى يجيب؟ على وجهين، وإن كانت مما لا يقضى فيها بالنكول كالقتل والحد فهل يحبس حتى يقر أو يخلي سبيله؟ على وجهين .



### القاعدة الحادية عشرة بعد المائة

**إذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين  
فقامت حجة يثبت أحدهما دون الآخر فهل يثبت به أم لا؟**

على روايتين، ويخرج عليهما مسائل:

١ - إذا قلنا موجب قتل العمد أحد شيئين - القصاص، أو الدية - فإذا ادّعى أولياء المقتول على ولي القاتل في القسامة فنكّل فهل يلزمه الدية؟ على روايتين.

٢ - لو ادّعى جراحة عمد على شخص وأتى بشاهد وامرأتين فهل تلزمه ديتها؟ على روايتين.

والصحيح فيهما عدم وجوب الدية لثلا يلزم أن يجب بالقتل الدية عينا، وأمّا إن قلنا: إن موجب القتل القصاص عينا فالدية بدل فلا يجب بما لا يجب به المبدول.

٣ - لو شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عمداً فهل يثبت بذلك عُرم قيمة العبد دون القود؟ على روايتين حكاهما صاحب المحرر.



## القاعدة الثانية عشرة بعد المائة

## تقديم أخف الضررين

إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً، ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - إذا وجد المحرم صيداً وميته فإنه يأكل الميتة نصّ عليه أحمد؛ لأن في أكل الصيد ثلاث جنایات صيده وذبحه وأكله، وأكل الميتة فيها جنایة واحدة.

٢ - نكاح الإماء والاستمناء كلاهما إنما يباح للضرورة، ويقدم نكاح الإماء كما نصّ عليه ابن عباس؛ لأنه مباح بنص الكتاب والآخر متردد فيه.

وأما نكاح الإماء ووطء المستحاضة، فقال ابن عقيل: إنما يباح وطاء المستحاضة عند خوف العنت وعدم الطّول لنكاح غيرها، وظاهر هذا: أن نكاح الإماء مقدم عليه، ويوجه بما ذكرنا من النص على إباحة نكاح الإماء دون وطاء المستحاضة فإنه في معنى وطاء الحائض لكونه دم أذى.

٣ - من أبيع له الفطر لشبقه فلم يمكنه الاستمناء واضطر إلى الجماع في الفرج فله فعله، فإن وجد زوجة مكلفة صائمة وأخرى حائضة، ففيه احتمالان ذكرهما صاحب المغني: أحدهما: وطاء الصائمة أولى؛ لأن أكثر ما فيه أنها تفطر لضرر غيرها وذلك جائز كفطرها لأجل الولد.

والثاني: يخير لتعارض مفسدة وطاء الحائض من غير إفساد عبادة عليها، وإفساد صوم الطاهرة، والأول هو الصحيح لما ذكرنا من إباحة الفطر لأسباب دون وطاء الحائض.

٤ - إذا ألقى في السفينة نار واستوى الأمران في الهلاك؛ أعني: المقام في النار وإلقاء النفوس في الماء فهل يجوز إلقاء النفوس في الماء أو يلزم

المقام؟ على روايتين، ورجح ابن عقيل وغيره وجوب المقام مع تيقن الهلاك فيها لئلا؛ يكون قاتلاً لنفسه بخلاف ما إذا لم يتيقنوا ذلك لاحتمال النجاة بالإلقاء.



### القاعدة الثالثة عشر بعد المائة

**إذا وجدنا جملة ذات عدد موزعة على جملة أخرى،  
فهل يتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى، أو كل  
فرد منها على مجموع الجملة الأخرى؟**

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** إذا وجد جملة ذات عدد موزعة على جملة أخرى ذات عدد، ووجد قرينة تدل على تخصيص كل فرد من أفراد الجملة الموزعة عليها بفرد من أفراد الجملة الموزعة عمل بها، سواء كانت القرينة شرعية، أم عرفية، أم استحالة ما سوى هذا التوزيع.

- مثال القرينة الشرعية: أن يقول لعبديه: إن دخلتما بزوجتيكما فأنتما حُرَّان، فإنه يمتنع شرعاً أن يدخل كل واحد بزوجة الآخر، وهذه هي القرينة على أن المراد دخول كل واحد بزوجه هو.

- ومثال القرينة العرفية: أن يقول لعبديه: إن ركبتما دابتيكما أو لبستما ثوبيكما أو تقلدتما سيفيكما أو اعتقلتما رمحيكما فأنتما حُرَّان، فمتى وجد من كل واحد ركوب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو رمحه أو الدخول بزوجه ترتب عليهما العتق؛ لأن الانفراد بهذا عرفي فإن العادة جرت بأن كل واحد هو الذي يغمد سيفه...، وهذه هي القرينة على أن المراد إغمد كل واحد لسيف نفسه.

- ومثال امتناع مقابلة كل فرد بكل فرد: أن يقول لزوجتيه: إن أكلتما هذين الرغبةين فأنتما طالقتان، فإذا أكلت كل واحدة منهما رغيفاً طلقت لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين؛ لأنه إذا أكلت إحدى الزوجتين الرغبةين لم يكن أن تأكلهما الأخرى، وهذا هو القرينة على أن المراد أكل كل واحدة رغيفاً..

**القسم الثاني:** إذا وجدت جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ذات أعداد، ووجد قرينة تدل على مقابلة كل فرد من أفراد الجملة الموزعة بكل فرد من أفراد الموزع عليها عمل بها.

**مثاله:** أن يقول لزوجتيه: إن كلمتما زيداً وكلمتما عمراً فأنتما طالقتان فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيداً وعمراً. - إذ لا يتحقق ما ذكر إلا بذلك، فلو كلمت كل زوجة واحداً لم يحصل منها تكليم الآخر.

**القسم الثالث:** إذا وجدت جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ذات أعداد ولم يوجد قرينة تعين المراد قوبل كل فرد من أفراد الجملة الموزعة بكل فرد من أفراد الجملة الموزع عليها، على الأشهر، ومثاله: قوله «إني أدخلتها طاهرتين»<sup>(١)</sup> - ويأتي -

ولذلك لا يذكر الخلاف إلا في بعض الصور ويجب طرده في سائرهما ما لم يمنع منه مانع.  
ولذلك أمثلة كثيرة:

١ - قوله ﷺ في تعليل مسحه على الخفين: «إني أدخلتهما وهما طاهرتان» هل المراد أنه أدخل كل واحدة من قدميه الخفين وكل واحدة منهما طاهرة، أو المراد: أنه أدخل كلا القدمين الخفين وكل قدم في حال إدخالها طاهرة. وينبغي على ذلك مسألة ما إذا غسل إحدى رجليه ثم أدخلها الخف، ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فعلى التوزيع الأول وهو توزيع المفرد على الجملة لا يجوز المسح؛ لأنه في حال إدخال الرجل الأولى الخف لم تكن الرجلان طاهرتين، وعلى الثاني وهو توزيع المفرد على المفرد يصح، وفي المسألة روايتان عن أحمد، ولكن القائل بأن الحدث الأصغر لا يتبعض وأنه لا يرتفع إلا بعد استكمال الطهارة بمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف، نعم وجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفين، وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة.

(١) رواه البخاري في كتاب الوضوء رقم (٢٠٣) من حديث عروة بن المغيرة عن أبيه.

٢ - مسألة: مُدَّ عَجْوَةٌ وهي قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها فلنذكر هاهنا مضمونها ملخصاً فنقول: إذا باع ربوياً بجنسه ومعه من غير جنسه من الطرفين، أو أحدهما كمدّ عَجْوَةٌ ودرهم بمدّ عَجْوَةٌ، أو مدّ عَجْوَةٌ ودرهم بمدّ عَجْوَةٌ، أو بدرهمين، ففيه روايتان أشهرهما بطلان العقد.

والرواية الثانية: يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوي من غير جنسه من الطرفين، أو يكون مع أحدهما، ولكن المفرد أكثر من الذي معه غيره نصّ عليه أحمد في رواية جماعة جعلوا لغير الجنس في مقابلة الجنس أو في مقابلة الزيادة.

وعلى هذه الرواية يكون التوزيع هاهنا للأفراد على الأفراد، وعلى الرواية الأولى هو من باب توزيع الأفراد على الجمل أو توزيع الجمل على الجمل.

وهذا كله فيما إذا كان الربوي مقصوداً بالعقد، فإن كان غير مقصود بالأصالة وإنما هو تابع لغيره فهذا ثلاثة أنواع:

أحدها: ما لا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كتزويق الدار - بذهب - ونحوه فلا يمنع من البيع بجنسه - بذهب - بالاتفاق.

والثاني: ما يقصد تبعاً لغيره وليس أصلاً لمال الربا كبيع العبد ذي المال بمال من جنسه إذا كان المقصود الأصلي هو العبد فيجوز.

النوع الثالث: ما لا يقصد وهو تابع لغيره وهو أصل لمال الربا إذا أبيع بما فيه وهو ضربان:

أحدهما: أن يمكن أفراد التابع بالبيع كبيع نخلة عليها رطب برطب. - فيجوز على المذهب. -

الضرب الثاني: أن لا يكون التابع مما يجوز إفراده بالبيع كبيع شاة لبون بلبن، أو ذات صوف بصوف، وبيع التمر بالنوى فيجوز هاهنا عند القاضي في المجرد وابن حامد وابن أبي موسى - وهو المذهب - ومنع منه أبو بكر والقاضي في خلافه، وقد حكى في المسألة روايتان عن أحمد ولعل المنع

يتنزل على ما إذا كان الربوي مقصوداً، والجواز على عدم القصد وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره، ويشهد له تعليل الأصحاب كلهم الجواز بأنه تابع غير مقصود.

واعلم أن هذه المسائل مقطعة عن مسائل: مُدَّ عَجوة فإن القول بالجواز لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه غيره.

٣ - إذا باع رجل عبيدين له من رجلين بثمان واحد فإن المبيع يقع شائعاً بينهما فيكون لكل رجل منهما نصف كل عبد.

٤ - إذا رهنه اثنان عيين أو عيناً لهما صفقة واحدة على دين له عليهما مثل أن يرهنه داراً لهما على ألف درهم له عليهما نصّ أحمد في رواية مهتاً: على أن أحدهما إذا قضى ما عليه ولم يقض الآخر أن الدار رهن على ما بقي.

وظاهر هذا: أنه جعل نصيب كل واحد رهنًا بجميع الحق توزيعاً للمفرد على الجملة لا على المفرد وبذلك جزم أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى وأبو الخطاب، وهو المذهب عند صاحب التلخيص.

قال القاضي: هذا بناء على الرواية التي تقول: إن عقد الاثنین مع الواحد في حكم الصفقة الواحدة. أما إذا قلنا بالمذهب الصحيح في حكم عقدين كان نصيب كل واحد مرهوناً بنصف الدين.

٥ - لو وضع المتراهنان الرهن على يدي عدلين وكانا عيين منفردین أو كان مما يقسم كالكميل والموزون، فهل لهما اقتسامه وانفراد كل واحد منهما بحفظ نصفه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز ذلك قاله القاضي في المجرد توزيعاً للمفرد على المفرد فيكون كل واحد منهما أميناً على نصفه، وعلى هذا فلو دفع أحدهما النصف المقسوم الذي بيده إلى الآخر فتلف في يده فهل يضمه؟ على احتمالين ذكرهما القاضي؛ لأنه انفرد به بعد القسمة بخلاف ما إذا سلم الكل قبل القسمة فإنه لا يضمن كذا قال القاضي.



وقال مرة أخرى: يضمن نصفه أيضاً.

**والثاني:** لا يجوز اقتسامه بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين، وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغني والتلخيص؛ لأن المتراهنين إنما رضيا بحفظهما جميعاً فلا يجوز لهما الانفراد كالوصيين والوكيلين في البيع، وعلى هذا يخرج الوديعة لاثنين، والوصية بالنسبة إلى الحفظ خاصة دون التصرف فإنه لا يستقل أحدهما بشيء منه.

وقد روي عن أحمد: ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين: تصدقا عني بألفي درهم من ثلثي فأخذ كل واحد ألفاً فتصدق بها على حدة ليكون أسهل عليهما فلم ير به بأساً.

وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود بها بالانفراد بخلاف غيره من التصرفات التي يقصد بها الحظ والغبطة والكسب.

قال في التلخيص: ولو وَّكَّلَ اثنين في المخاصمة لم يكن لواحد الاستبداد بها كالوصيين ووكيلي التصرف ويحتمل أن يكون له؛ لأن العُرف في الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها. انتهى.

وقال أيضاً: ولو تعدد المعين فاحتمالان؛ يعني: في تعدد الصفقة واتحادها.

٦ - الضمان فإذا ضمن اثنان دين رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصة؟ على وجهين:

**أحدهما:** كل منهما ضامن للجميع نصّ عليه أحمد في رواية مهنا.

**والوجه الثاني:** أن الضمان بالحصة إلا أن يصرحوا بما يقتضي خلافه مثل أن يقولوا ضمنا لك، كل واحد منا الألف التي لك على فلان فإن كل واحد يلزمه الألف حينئذٍ.

٧ - إذا كفل اثنان شخصاً لآخر فسلمه أحدهما إلى المكفول له فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا؟ على وجهين: أشهرهما: أنه لا يبرأ؛ لأنهما كفالتان.

**والثاني:** يبرأ؛ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم والأظهر: أنهما إن كفلا كفالة اشتراك بأن قالوا: كفلنا لك زيداً نسلّمه إليك فإذا سلّمه أحدهما برئ الآخر؛ لأن التسليم الملتزم واحد فهو كأداء أحد الضامنين للمال، وإن كفلا كفالة انفراد واشتراك بأن قالوا كل واحد منّا كفيل لك بزيد فكل منهما ملتزم له إحضاراً فلا يبرأ بدونه ما دام الحق باقياً على المكفول.

واعلم أن عقود التوثقات والأمانات إذا اشتملت على جمل فإنه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو أجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيقابل كل مفرد لمفرد، أو كل مفرد لجزء، أو كل جزء لجزء، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو أجزائها فيثبت الاشتراك بالإشاعة، ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً، ويمكن أن يثبت حكم التوثقة والأمانة بكماله لكل فرد فرد فيكون هاهنا عقود متعددة وقد ذكرنا في هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاثة.

فأمّا عقود التمليكات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث، ولو قيل بتعدد الصفقة فيها بتعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون الملك ثابتاً في عين واحدة لمالكين على الكمال، وإنما يقع التردد فيها بين الاحتمالين الأولين. ويستثنى من ذلك صورتان:

**إحدهما:** أن يوصي بعين لزيد ثم يوصي بها لعمره، ونقول: ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب فيكون كل منهما مستحقاً للعين لكمالها ويقع التزاحم فيشتركان في قسمتها، فلو مات أحدهما قبل الموصي أو رد لاستحقها الآخر بكمالها.

**والثانية:** أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فإن كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراده حتى لو لم يبق من الطبقة سواء لاستحق الوقف كله هكذا ذكره الأصحاب.

وعن أحمد: أنه ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده.

ويتعلق بهذا من مسائل التوزيع ما إذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده أبداً فهل يقال: لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده إلا بعد انقراض جميع أولاده أو ينتقل بعد كل ولد إلى ولده؟ المعروف عند الأصحاب: الأول وهو الذي ذكره القاضي وأصحابه ومن اتبعهم.

وحكى الشيخ تقي الدين: وجهاً آخر: بالثاني ورجحه فعلى الأول يكون من باب توزيع الجملة على الجملة، وعلى الثاني يكون من باب توزيع المفرد على المفرد.

٨ - إذا علق طلاق نسائه أو عتق رقيقه على صفات متعددة فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر فهل يكفي في وقوع الطلاق والعتاق مع قطع النظر عن الحنث بوجود بعض الصفة؟ فإن للأصحاب في الاكتفاء ببعض الصفة في الطلاق والعتاق طُرُقاً ثلاثة:

**إحداهن:** أنه يكتفى بها كما يكتفى بذلك في الحنث في اليمين وهي طريقة القاضي، واستثنى في الجامع من ذلك أن تكون الصفة معاوضةً.

**والثانية:** لا يكتفى بها وإن اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحنث؛ لأن هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول فلا يترتب الأثر إلا على تمام المؤثر، وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المغني.

**والثالثة:** إن كانت الصفة تقتضي حصاً أو منعاً أو تصديقاً أو تكذيباً فهي كاليمين، وإلا فهي علة محضة فلا بد من وجودها بكمالها وهي طريقة صاحب المحرر.

والقاضي يفرع على اختياره في هذه المسائل فقال فيما إذا قال لعبيده: إذا أدبتم إلي ألفاً فأنتم أحرار عتق كل واحد منهم بأداء حصته، وكذلك إذا قال لعبيده: إذا دخلتم الدار فأنتم أحرار عتق من دخل منهم؛ لأن وجود الصفة تقوم مقام جميعها فمتى أدى واحد منهم عتق هكذا ذكره في باب الكتابة، ورده الشيخ مجد الدين وقال: هو عندي خطأ يقيناً؛ لأن هذه لا تشمل على منع ولا حث. انتهى.

وإنما يتوجه ما قاله القاضي على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات فكأنه قال: من دخل منكم الدار فهو حُرٌّ ومن أدى إلي حصته من الألف فهو حُرٌّ، وهذا لا تعلق له بمسألة الاكتفاء ببعض الصفة.

وكلام أحمد يدل على اعتبار هذا التوزيع في مثل هذه التعليقات، فإنه نص في رواية مهنتاً في عبد بين رجلين قالاً له: إذا متنا فأنت حُرٌّ، ثم مات أحدهما عتقت حصته فقط فإذا مات الآخر عتقت حصته.

قال أبو بكر: لأنهما كالمعتقين على انفرادهما، وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى، وتعليل أبي بكر يدل على أنه جعله من باب توزيع المفرد على المفرد كأنهما قالاً: إن مات أحد منا فنصيبه منك حُرٌّ.

٩ - ومن هذه المسائل: لو قال لزوجتي: إن دخلتما هاتين الدارين أو كلمتما زيدا وعمراً فأنتما طالقتان فكلمت إحداهما زيدا والأخرى عمراً، أو دخلت كل واحدة منهما داراً، وقلنا لا يكتفى ببعض الصفة فهل تطلقان أم لا؟ فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب، وجعل أبو الخطاب المذهب: الوقوع وإنما ذكر الأخرى تخريجاً.

ومذهب الحنفية والمالكية: الوقوع وهو أحد وجهي الشافعية مع قولهم وقول الحنفية: إن بعض الصفة لا تكفي في الحنث فعلم بذلك أن هذا ليس مفرعاً على الاكتفاء ببعض الصفة.

١٠ - إذا قال لزوجاته الأربع: أوقعت بينكن أو عليكن ثلاث تطليقات فهل تقسم كل طلقة على الأربع أرباعاً ثم يكمل فيقع بهن الثلاث جميعاً، أو توزع الثلاث على الأربع فيلحق كل واحدة ثلاثاً أرباع طلقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة؟ على روايتين.

والأولى: اختيار أبي بكر والقاضي.

**والثانية:** اختيار أبي الخطاب وصاحب المغني قال: لأن القسمة بالأجزاء إنما تكون في المختلفات كالدور ونحوها فأما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنها تقسم برؤوسها ويكمل نصيب كل واحد كأربعة لهم درهماً

صحيحان يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فكذلك الطلقات .

ولو قال : أنتن طوالق ثلاثاً طلق كلهن ثلاثاً ثلاثاً نصّ عليه في رواية ابن منصور، ولم يذكر القاضي فيه خلافاً؛ لأنه أضاف الثلاث إلى الجميع، وفي الصورتين الأولتين أرسل الثلاث بينهما أو عليهن .

ويتوجه تخريج الخلاف فيها أيضاً؛ لأن إضافة الثلاث إليهن لا ينافي أن يوزع الثلاثة على مجموعهن لا على كل واحدة منهن .

١١ - ومما يدخل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيَّهَا وَالْمَوْلَى فُلُوبُهُمْ فِي الرِّقَابِ وَالْعَزَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [التوبة: ٦٠] فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الأصناف، أو كل فرد من أفراد الصدقات على مجموع الأصناف؟ وينبغي على ذلك مسألة وجوب استيعاب الأصناف بكل صدقة وفي ذلك روايتان: أشهرهما: أنه غير واجب .

وهل يجب على الإمام إذا اجتمعت عنده الصدقات أنه يعم الأصناف منها أم لا؟ قال ابن عقيل: يستحب ذلك ولا يجب؛ لأن حق بقية الأصناف يسقط بإعطاء الملاك لهم وأيضاً فليس في الآية إيجاب الاستيعاب بصدقات كل عام فيجوز تعويضهم في عام آخر .

١٢ - ومما يدخل فيه أيضاً قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَا ذَلِكَ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ [المجادلة: ٣] هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين بمجموع نسائهم وتوزيع كل مظاهر على زوجته أو مقابلة كل فرد من المظاهرين بمجموع نسائه المظاهر منهن؟ قرر أبو الخطاب وغيره من أصحابنا: الثاني، واستدل على أن المظاهرة من جميع الزوجات بكلمة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة .

١٣ - وكذلك قال في قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن

يَسَاءِلُكُمْ أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ  
وَحَلَّتِ أَيْبَانِيكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا  
قَدْ سَلَفُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا رَحِيمًا ﴿٢٣﴾ [النساء: ٢٣] إلى آخر الآية، أن  
المراد حرمت على كل واحد بناته وأخواته وعماته وخالاته.

فأما الأمهات فجعلها من مقابلة الأفراد بالأفراد قال: لأنه لما لم يتصور  
أن يكون للواحد أمان علم أنه أراد الواحد في مقابلة الواحد، وأما ما احتمل  
الجمع في مقابلة الواحد فإنه يحمل عليه، والأظهر - والله أعلم - أن الكل مما  
قوبل فيه الواحد بالواحد والجملة بالجملة وأن المعنى حرمت على كل واحد  
أمه وبنته وأخته؛ إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرم على كل واحد أمهات  
الجميع وبناتهم وهو باطل قطعاً.



### القاعدة الرابعة عشرة بعد المائة

## إطلاق الشركة هل يتنزل على المناصفة أو هو مُبهم يفتقر إلى تفسير؟

فيه وجهان:

والذي ذكره الأصحاب في الإقرار: أنه مُبهم.

وقال القاضي: ينزل على المناصفة وهل يقال باستحقاق الشريك من كل جزء أو بالتشاطر؟ يحتمل وجهين وكلام الأصحاب يدل على التشاطر.

ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - لو قال لمشتري سلعة أشركني في هذه السلعة فهل يصح وينزل على المناصفة أم لا للجهالة؟ على وجهين، والمجزم به في المجرد: الصحة تنزيلاً على المناصفة.

٢ - لو قال هذا العبد شركة بيني وبين فلان، أو هو شريكي، فيه فوجهان: المجزم به في الإقرار بالإبهام ويرجع في تفسيره إليه، وهو اختيار ابن عقيل وقال القاضي: هو بينهما نصفين.

٣ - لو أوقع طلاقاً ثلاثاً بامرأة له، ثم قال للأخرى شركتك معها فإن قلنا: بالمناصفة اقتضى وقوع اثنتين.

وإن قلنا: بالإبهام لم يقع أكثر من واحدة؛ لأنها اليقين إلا أن يفسره بأكثر من ذلك، ويحتمل أن يقع ثلاثاً بناء على أن الشركة تقتضي الاستحقاق من كل جزء.

وقد يقال هذا إنما يمكن في التمليكات دون الطلاق فإن حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لا تمكن فحمل على استحقاق نظيره.

فزع: لو تعدد الشركاء فهل يقال يستحق الشريك نصف مالهم أو مثل

واحد منهم؟ على وجهين. ذكرهما القاضي وبني عليهما لو اشترى اثنان شيئاً ثم أشركا ثلاثاً فيه فهل له نصفه أو ثلثه؟ على وجهين.  
وخرج صاحب الترغيب والشيخ مجد الدين في المسودة الوجهين فيما إذا قال لثلاث نسوة: أوقعت بينكن طلاقاً<sup>(١)</sup>، ثم قال لرابعة: أشركتك معهن هل يقع بها طلاق واحدة أو طلقتين؟ على الوجهين.



(١) إذ على المذهب إذا طلق زوجته بعض طلاقاً، طلقت طلاقاً كاملة.



## القاعدة الخامسة عشرة بعد المائة

## التزام في الحقوق المشتركة

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً نوعان:

أحدهما: ما يقع استحقاق كل واحد بانفراده لجميع الحق ويتزامون فيه عند الاجتماع.

والثاني: ما يستحق كل واحد من الحق بحصته بخاصة، وللأول أمثلة كثيرة:

١ - الشُّفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشُّفعة بكمالها فإذا عفى أحدهم عن حقه توفر على الباقيين.

٢ - غرماء المفلس - من دَيْنُهُ أكثر من ماله - الذي لا يفي ماله بدين كل واحد على انفراده وهم كالشُّفعاء - أي: يتزامون في ماله ويقسم عليهم بالقسط -.

٣ - الأولياء المتساوون في النكاح - كالأخوة الأشقاء يتزامون في ولاية عقد النكاح لأختهم -.

٤ - العصابات المجتمعون في الميراث - كالأبناء يتزامون في تركة أبيهم -.

ويتفرع على ذلك لو اجتمع ابنان نصف كل واحد منهما حُرٌّ فهل يستحقان المال كله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يستحقان جميع المال رجَّحه القاضي والسامري وطائفة من الأصحاب، وله مأخذان:

أحدهما: جمع الحرية فيها فيكمل بها حرية ابن.

**والثاني:** حق كل واحد منهما مع كمال حريته في جميع المال لا في نصفه، وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له.

**والوجه الثاني:** لا يستحقان المال كله لئلا تستوي حال حريتهما الكاملة والمبغضة.

وهل يستحقان نصفه تنزيلاً لهما حالين، أو ثلاثة أرباعه تنزيلاً لهما ثلاثة أحوال؟ على وجهين:

ولو كان ابن نصفه حر مع أم فعلى هذا المأخذ الثاني في الوجه الأول يتوجه أن يأخذ نصف المال كله وهو أحد الوجوه للأصحاب ورجحه الشيخ تقي الدين وذكر أنه اختيار أبيه، وقيل: يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأم<sup>(١)</sup>، وهو اختيار أبي بكر والقاضي في خلافه.

وقيل: يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية وهو هنا ربع سدس وهو الذي ذكره إبراهيم الحربي في كتاب الفرائض واختاره القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المحرر؛ لأن القدر الذي حجب عنه الأم يستحقه كله وإنما يتنصف عليه ما عداه.

٥ - ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون في فرض واحد كالزوجات والجندات، ويتفرع على هذا إذا اجتمعت جدتان أم أم، وأم أب مع ابنتها الأب وقلنا إنه يحجبها فهل تستحق أم الأم السدس كله أو نصفه؟ على وجهين، أصحهما: أنها تستحق السدس كله؛ لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه، **والثاني** تستحق نصفه.

٦ - الوصايا المزدحمة في عين - كما لو أوصى ببيتة لثلاثة - أو مقدار من مال - كما لو أوصى لثلاثة بعشرة آلاف - فإن حق كل واحد منهم في مجموع وصيته، وإنما يأخذ دون ذلك للمزاحمة - بأن خرجت الوصية أكثر من الثلث - فإذا ردّ بعضهم توفر على الباقيين، وإن أجاز الورثة بعض الوصايا دون

(١) الأم أخذت الربع هنا باعتبار أن الابن نصفه حر، ونصفه رقيق، فأخذت نصف الثلث، ونصف السدس، وهو الربع.

بعض فهل يعطى المجاز له القدر الذي كان يأخذه في حال الإجازة للكل، أو يكمل له الجزء المسمى في الوصية إن أمكن لقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله إليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره؟ فيه وجهان، صحح صاحب المحرر الثاني، ومن رجّح الأول قال القدر المزاحم به كان حقاً للمزاحم فإذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى<sup>(١)</sup>.

ويشهد للأول ما ذكره الأصحاب فيمن وصّى لرجلٍ بعبدٍ قيمته ثلث ماله ولآخر بثلث ماله، فإن أجاز الورثة - الوصية - : للموصّى له بالعبد ثلاثة أرباعه لمزاحمة الآخر له فيه ولصاحب الثلث ربع العبد وثلث باقي المال، وإن ردّوا قسم الثلث بينهما نصفين فيأخذ صاحب وصية العبد بقدر سدس المال كله من العبد - إذ هو نصف الثلث - ويأخذ الآخر سدس العبد وسدس باقي المال لزوال المزاحمة بالرد فأمكن وصول كل منهما إلى نصف ما سمي له كاملاً فلا ينقص منه.

٧ - استحقاق الغانمين من الغنيمة متى رد بعضهم توفر على الباقيين سواء قلنا ملكوه بالاستيلاء أو لم يملكوه.

٨ - الموقوف عليهم إذا رد بعضهم توفر على الباقيين كما لو مات بعضهم وقد سبقت - كما لو وقف هذا البيت على أولاده، فإنهم يتزاحمون في ريعه، فإذا رد بعضهم توفر على الباقيين -.

٩ - حد القذف الموروث لجماعة يستحق كل واحد بانفراده فلو أسقطه بعضهم فللباقيين استيفاءه.

وأما النوع الثاني فله أمثلة:

١ - عقود التمليكات المضافة إلى عدد فيملك كل واحد منهم بحصته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكاً لجميع العين. ثم هاهنا حالتان:

(١) مثال ذلك: أوصى لزيد بألفين، ولعمرو بألفين ولبكر بألفين، وماله ثلاثة آلاف ريال، وأجاز الورثة وصية زيد، فهل يأخذ ألف ريال فقط بمنزلة ما لو أجاز الورثة جميع الوصايا أو يأخذ جميع المسمى وهو ألفان، ولكل من عمرو، وبكر ثلث الثلث الذي هو ألف.

**أحدهما:** أن يكون التملك بعوض مثل أن يبيع على رجلين عبداً أو عبيدين بثمان فيقع الشراء بينهما نصفين ويلزم كل واحد نصف الثمن، وإن كان لاثنتين عبدان مفردان لكل واحد عبد فباعهما على رجلين صفقة واحدة لكل واحد عبد معين بثمان واحد، ففي صحة البيع. وجهان:

**أصحهما:** وهو المنصوص الصحة، وعليه فيقتسمان الثمن على قدر قيمتي العبدین.

**الحالة الثانية:** أن يكون بغير عوض مثل: أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن زكاة أو كفارة مشاعاً في الكفارة، فقياس كلام الأصحاب في التملك بعوض: أنهم يتساوون في ملكه، وحكى صاحب المغني فيما إذا وضع طعاماً في الكفارة بين يدي عشرة مساكين فقال: هو بينكم بالسوية فقبلوه، ثلاثة أوجه:

**أحدها:** وهو الذي جزم به أولاً أنه يجزيه؛ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة كما لو دفع دين غرمائه بينهم.

**والثاني:** حكاه عن ابن حامد يجزيه وإن لم يقل بالتسوية؛ لأن قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية؛ لأن ذلك حكمها.

**والثالث:** عن القاضي أنه إن علم أنه وصل إليه كل واحد قدر حقه أجزاء، وإلا لم يجزه هذا ما ذكره.

٢ - القصاص المستحق لجماعة بقتل موروثهم يستحق كل واحد منهم بالحصّة فمن عفى منهم سقط حقه وسقط الباقي؛ لأنه لا يتبعّض.

وها هنا صور مختلف فيها: هل تلحق بالنوع الأول أو الثاني كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد كالمشركين في قتل آدمي أو صيد محترم - قتله جماعة - أو في الوطء في الحج أو في الصيام - كرر الوطء في حال الإحرام أو صيام رمضان - هل يتعدد عليهم الديات والجزاء والك - فارة؟ وكذلك عقود التوثقات كالرهن، والضمان، والكفالة وقد سبق ذكرها<sup>(١)</sup>.

(١) في القاعدة الثالثة عشر بعد المائة.

## القاعدة السادسة عشر بعد المائة

## تأخر الملك عن سببه

من استند تملكه إلى سبب لا يمكن إبطاله وتأخر حصول الملك عنه فهل تنعطف أحكام ملكه إلى أول وقت انعقاد السبب وتثبت أحكامه من حينئذ أم لا تثبت إلا من حين ثبوت الملك؟ فيه خلاف، وللمسألة أمثلة كثيرة:

١ - ملك الشفيع إذا أخذ بالشفعة وثُمَّ نَحَلَ مُؤَبَّرًا، كان وقت البيع غير مُؤَبَّرٍ وفيه وجهان سبق ذكرهما<sup>(١)</sup> - والمذهب: أن ما لم يؤبر يلحق بأصله فيكون للشفيع وما أُبِّرَ لا يلحق فيكون للمشتري -.

٢ - ملك الموصى له إذا قبل بعد الموت فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا؟ فيه خلاف معروف<sup>(٢)</sup> - والمذهب: أنه يملك من حين القبول، وعلى هذا فالنماء بعد الموت وقبل القبول للورثة -.

٣ - إذا تملك المالك للأرض زرع الغاصب بنفقته بعد بُدُو صلاحه فهل تجب زكاته عليه أم على الغاصب؟ على وجهين، وقد سبق في بيع الثمر قبل بُدُو صلاحها بشرط القطع نحو ذلك.

٤ - الفسخ بالعيب والخيار فإنه يستند إلى مقارن للعقد فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه وفيه خلاف معروف<sup>(٣)</sup> - والمذهب: أن الفسخ رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصله، وعلى هذا فالنماء للمشتري -.

٥ - دية المقتول هل تحدث على ملك الوارث؛ لأنها تجب بعد الموت أو على ملك الموروث؛ لأن سببها وجد في حياته؟ على روايتين معروفتين -

(١) في القاعدة الثالثة والثمانين.

(٢) يأتي في المسألة الحادية عشرة، آخر القواعد، وينظر: القاعدة الحادية والخمسين.

(٣) ينظر في: القاعدة الثانية والثمانين.

والمذهب أنها تحدث على ملك الميت - وحكى ابن الزاغوني في الإقناع الروايتين في القصاص أيضاً هل هو واجب للورثة ابتداءً أو موروث عن الميت؟

٦ - إذا انعقد سبب الملك أو الضمان في الحياة وتحقق بعد الموت كمن نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته أو عثر بها إنسان ففيه خلاف سبق ذكره<sup>(١)</sup> - والمذهب: تضمن من التركة -.

٧ - إذا كاتب عبداً ثم مات ولم يؤد إليه شيئاً فأدى إلى ورثته وعتق، فهل الولاء للسيد الذي كاتبه لانعقاد سببه في ملكه أو للورثة المؤدى إليهم لتحقق السبب في ملكهم؟ على روايتين، والمذهب: أن الولاء للسيد الأول.

٨ - إذا كاتب المكاتب عبداً فأدى إليه وعتق قبل أدائه أو أعتقه بمال وقلنا له ذلك ففي ولاءه وجهان:

أحدهما: أنه للسيد الأول، وهو محكي عن أبي بكر لثبوت الولاء على هذا العتيق في حال ليس مولاه من أهل الميراث فاستقر لمولى المولى. والثاني: هو موقوف فإن أدى المكاتب الأول وعتق فالولاء له لانعقاده له قبل عتقه.

وأما العبد القن إذا أعتق بإذن سيده مما ملكه وقلنا بملكه، فحكى صاحب المغني عن طلحة العاقولي من أصحابنا: أنه موقوف فإن عتق فالولاء له، وإن مات قنّاً فهو للسيد.

وفي المجرد للقاضي: أن الولاء للسيد مطلقاً ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور.

٩ - إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه واختار منهن أربعاً انفسخ نكاح البواقي وهل يبتدئن العدة من حين الاختيار؛ لأن نكاحهن إنما انفسخ به أو من حين الإسلام؛ لأنه السبب؟ على وجهين - والمذهب: من حين الاختيار -.

(١) ينظر في: القاعدة التاسعة والثمانين.

١٠ - تصرف الفضولي إذا قلنا يقف على الإجازة فأجازه من عقد له فهل يقع الملك فيه من حين العقد حتى يكون النماء له أم من حين الإجازة؟ على وجهين:

أحدهما: من حين الملك - والمذهب: من حين العقد -.

الثاني: من حين الإجازة.

١١ - ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التي يكتفي بحصول بعض شرائطها في أثناء وقتها إذا وجد الشرط في أثناءها، فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطها من ابتدائها أم لا؟ فيه خلاف أيضا وينبغي عليه مسائل:

١ - إذا نوى الصائم المتطوع الصوم من أثناء النهار، فهل يحكم له بحكم الصيام من أوله أم حين نواه فلا يثاب على صومه إلا من حين النية؟ على وجهين، والثاني: ظاهر كلام أحمد.

٢ - إذا بلغ الصبي أو عتق العبد وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف فهل يجزئهما عن حجة الإسلام؟ على روايتين، المذهب الإجزاء فقل؛ لأن إحرامهما انعقد مراعى؛ أنه قابل للنقل والانقلاب.



## القاعدة السابعة عشرة بعد المائة

## في العقود المعلقة

كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين إذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في الآخر فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع؟ في المسألة قولان إلا أن يفضي اعتبار أحدهما إلى ما هو ممتنع شرعاً فيلغى ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - الوصية لمن هو في الظاهر وارث فيصير عند الموت غير وارث أو بالعكس كمن وصى لأخيه، ثم ولد له عند الموت ابن، والمذهب: أن الاعتبار بحال الموت.

٢ - إذا علق عتق عبده في صحته بشرط فوجد في مرضه فهل يعتق من الثلث أو من رأس المال، إذ المريض مرض الموت ليس له من ماله تبرع إلا الثلث كغير وارث؟ على وجهين، وحكى القاضي في خلافه روايتين، واختار أبو بكر وابن أبي موسى: أنه يعتق من الثلث - وهو المذهب -.

٣ - إذا علق طلاق امرأته في صحته على صفة فوجدت في مرضه ولم يكن من فعله فهل ترثه أم لا؟ على روايتين والمنصوص: أنها ترثه في رواية صالح ومهنا - وهو المذهب -.

٤ - إذا أوصى إلى فاسق فصار عدلاً عند الموت فهل تصح الوصية بناء على قولنا لا يصح الإيصاء إلى الفاسق؟ على وجهين - والمذهب: صحة الوصية -.

٥ - لو وصى لزيد بدار ثم انهدم بعض بنائها قبل الموت فهل تدخل تلك الأنقاض في الوصية؟ على وجهين. وكذا الوجهان لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية ذكر ذلك أبو الخطاب - والمذهب: أنه إن زاد الموصي في



الدار عمارة لم يستحق الموصى له العمارة وتكون العمارة للوارث؛ لأن الزيادة لم توجد حين العقد، فلم تدخل في الوصية لا المتهدم من الدار قبل قبول الوصية فإنه يكون للموصى له عند قبول الوصية؛ لأن الانقراض منها فتدخل في الوصية -.

٦ - لو قال العبد: متى ملكت عبداً فهو حرّ وقلنا: يصح هذا التعليق من الحر كما هو المشهور من المذهب ثم عتق ثم ملك عبداً فهل يعتق؟ على وجهين .

٧ - ولو وصى المكاتب بشيء ثم عتق قبيل موته فهل تصح وصيته؟ خرّجها الشيخ مجد الدين على وجهين .

٨ - لو قال العبد لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين حيث لم يكن مالكاً حال التعليق لأكثر منها؟ على وجهين .

٩ - لو علّق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلاً، ثم دخل بها ثم قدم زيد وهي حائض فإنه يقع الطلاق بدعياً لا بمعنى الإثم به، بل بمعنى أمره بالمراجعة فيه، ولو كان قد علّق طلاقاً أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه، ولم يحك الأصحاب فيه خلافاً .

١٠ - لو قال: إن قمت فأنت طالق فقامت وهي حائض فهل يكون بدعياً؟ قال في الانتصار: مباح، وفي الترغيب: بدعي - وهو المذهب -.



## القاعدة الثامنة عشرة بعد المائة

### تعليق فسخ العقد بوجوده

تعليق فسخ العقد وإبطاله بوجوده إن كان فيه مقصود معتبر شرعاً صح وإلا لم يصح، ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - إذا علّق الطلاق بالنكاح كأن يقول: إن تزوجتك فأنت طالق فالمذهب: لا يصح؛ لأن النكاح لا يقصد للطلاق عقيب العقد.

٢ - إذا حلف لزوجته أن لا يتزوج عليها بتعليق طلاق من يتزوجها عليها بنكاحها هل يصح أم لا؟ على روايتين؛ لأن هذا فيه حق للزوجة فيصير مقصوداً كما لو شرط أن لا يتزوج عليها - والمذهب: صحة شرط أن لا يتزوج عليها -.

٣ - لو علّق الطلاق في ملك يمينه لأتمته على نكاحها بعد عتقها فنصّ أحمد في رواية ابن هانئ: على أنه يصح معللاً بأن ملك اليمين كالنكاح في استباحته الوطء، فلا يكون التعليق كتعليق نكاح الأجنبية، وكذلك نص فيمن أعتق أمته ثم قال لها متصلاً بعتقها إن نكحتك فأنت طالق أنه يصح؛ لأنه في هذه الحالة يملك عقد النكاح عليها قهراً فلم ينقطع آثار الملك فيه بالكلية فلذلك انعقدت فيه الصفة.

٤ - تعليق العتق بالملك - كما لو قال لرقيق إن ملكتك فأنت حرٌّ - والمذهب المنصوص صحته؛ لأن الملك يراد للعتق ويكون مقصوداً كما في شراء ذي الرحم وغيره.

٥ - تعليق النذر بالملك مثل: إن رزقني الله مالاً فله علي أن أتصدق به أو بشيء منه فيصح، ونقل الشيخ تقي الدين عليه الاتفاق وقد دلّ على ذلك قوله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ ءَاتَيْنَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّٰلِحِينَ﴾ [الأنبياء: ٧٥].

٦ - تعليق فسخ الوكالة على وجودها، وتعليق الوكالة على فسخها كالوكالة الدورية كأن يقول: كلما عزلتك فقد وكلتك، وقد ذكر صاحب التلخيص: أن قياس المذهب صحة ذلك بناء على أن الوكالة قابلة للتعليق عندنا، وكذلك فسخها، وقال الشيخ تقي الدين: لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمة وذلك تغيير لقاعدة الشرع وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ وإنما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه والعقود لا تنفسخ قبل انعقادها.

٧ - تعليق فسخ البيع بالإقالة على وجود البيع كقوله: إذا بعتك فقد أقلتك، أو تعليق فسخ النكاح بالعيب على وجود النكاح كقوله: إذا أنكحتك فوجدت عيباً فقد فسخت النكاح، وقد صرح الأصحاب ببطلان ذلك، معللين بأنه رفع للعقد قبل عقده.

٨ - تعليق فسخ التدبير بوجوده صرح القاضي بامتناعه فيما إذا قال لأمتي المَدْبَرَةُ: كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره. فقال: لا يكون رجوعاً؛ لأن الرجوع إنما يصح في تدبير موجود، كما لو قال: لعبده متى دَبَرْتُكَ فقد رجعت لم يصح هذا لفظه.



## القاعدة التاسعة عشرة بعد المائة

## خروج الخاص من العام وانفراده بحكمه

إذا وجدنا لفظاً عاماً قد خص بعض أفرادهِ بحكم موافق للأول أو مخالف له، فهل يقضى بخروج الخاص من العام وانفراده بحكمه المختص به أو يقضى بدخوله فيه فيتعارضان مع اختلاف الحكم وتعدد سبب الاستحقاق مع اتفاقه؟ هذا على قسمين:

أحدهما: أن يكون الخاص والعام في كلام واحد متصل، فالمذهب: أنه يفرد الخاص بحكمه ولا يقضى بدخوله في العام، ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - لو قال هذه الدار لزيد ولي منها: هذا البيت قبل ولم يدخل البيت في الإقرار.

٢ - لو وصّى لزيد بشيء وللمساكين شيء وهو مسكين، فإنه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئاً نص عليه أحمد.

٣ - لو وصّى لزيد بخاتم وبفضّه لآخر، أو وصّى لرجل بعبد وبمنافعه لآخر أو لأحدهما بالدار ولآخر بسكنائها ونحو ذلك بلفظ لا يقتضي انفراد كل واحد بما وصّى له به صريحاً، فقال أبو بكر في الشافي: لكل واحد منهما ما وصّى له به لا يشاركه الآخر فيه.

٤ - لو وصّى لرجل بثلثه ووصى لآخر بمقدر منه، فعن أحمد: ما يدل على تقديم الوصية بالمقدر على الوصية بالجزء المنسوب؛ لأنهما كالخاصة والعامة.

القسم الثاني: أن يكون الخاص والعام في كلامين منفردين فهاهنا

حالتان:

**إحدهما:** أن يكون المتكلم بهما لا يمكنه الرجوع عن كلامه ولا يقبل منه كالأقارير والشهادات والعقود فيقع التعارض في الشهادات، ولا يكون الإقرار الثاني ولا العقد الثاني رجوعاً عن الأول.

**الحال الثانية:** أن يكون الرجوع ممكناً كالوصية وعزل الإمام لمن يمكنه عزله وولايته فهذا يشبه تعارض العام والخاص في كلام الشارع في الأحكام، وفي ذلك ثلاث روايات: أشهرها: تقديم الخاص مطلقاً وتخصيص العموم به سواء جهل التاريخ أو علم.

ويتصل بهذه القاعدة قاعدتان:

**إحدهما:** إذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصة كوصية معينة وميراث، واستحقاق بجهة عامة كالفقر والمسكنة فإنه لا يأخذ إلا بالجهة الخاصة نص عليه أحمد ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - إذا وصّى لزيد بشيء ولجيرانه بشيء وهو من الجيران فإنه لا يعطى من نصيب الجيران.

٢ - إذا وصّى لزيد بشيء وللفقراء بشيء وزيد فقير فإنه لا يعطى من نصيب الفقراء شيئاً.

وخرج القاضي فيما نقله ابن عقيل: الاستحقاق بجهة الفقراء والجوار كما يستحق عامل الزكاة الأخذ بجهة الفقر مع العمالة.

٣ - لو وصّى لأقاربه بشيء ووصى أن يؤك - قرّ عنه أيمن، فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب.

٤ - لو وصّى للفقراء وورثته فقراء لم يجز لهم الأخذ من الوصية.

**القاعدة الثانية:** إذا اجتمعت صفات في عين فهل يتعدد الاستحقاق بها

كالأعيان المتعددة؟

المشهور في المذهب أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق - فله الأخذ -

ويندرج تحت ذلك صور:

١ - الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم والغزو ونحوه.

٢ - الأخذ من الخمس بأوصاف متعددة، كالفقر، وكونه من بني هاشم.

٣ - الأخذ من الصدقات المنذورة والفيء والوقوف.

٤ - المواريث بأسباب متعددة كالزوج إذا كان ابن عم<sup>(١)</sup>، وابن العم إذا

كان أخاً لأم بالاتفاق وكذلك الجدات المدليات بقرابتين<sup>(٢)</sup> والأرحام<sup>(٣)</sup><sup>(٤)</sup> ونحوهم ممن يدلي بنسبين فإنهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب.

٥ - تعليق الطلاق كما لو قال: إن كلمت رجلاً فأنت طالق، وإن كلمت

فقيهاً فأنت طالق، وإن كلمت أسود فأنت طالق فكلمت رجلاً فقيهاً أسود طلقت ثلاثاً.

٦ - لو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق

فولدت أنثى طلقت طلقتين. وقال الشيخ تقي الدين: لا تطلق إلا طلبة واحدة في المسائل كلها مع الطلاق؛ لأن الأظهر من مراد الحالف أنت طالق سواء ولدت ذكراً أو أنثى، وسواء كلمت رجلاً أو فقيهاً أو أسود، فينزل الإطلاق عليه لاشتهاره في العرف، إلا أن ينوي خلافه.

تنبيه: إذا كانت الجهة واحدة لم يتعدد الاستحقاق بتعدد الأوصاف

المدلية إليها كالوصية لقرابته إذا أدلى شخص بقرابتين، والآخر بقرابة واحدة ذكره القاضي في خلافه في الوصية للإخوة أنه يستوي الإخوة للأبوين والإخوة للأب والإخوة للأم؛ لأن الكل مشتركون في جهة الأخوة فلا عبرة بتعدد الجهات الموصلة إليها.

(١) فيرث بالفرض بالزوجية، وبالتعصيب بسبب القرابة.

(٢) كما لو تزوج بنت عمته فأنت بولد فجده؛ أي: المتزوج لأبيه بالنسبة إلى الولد الذي ولد بينهما أم أم أم ولدتهما، وأم أب أبيه فترث معها أم أم أبيه ثلث السدس.

(٣) فابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى مع بنت بنت بنت أخرى لها الثلث، وله الثلثان.

(٤) ممن يرى حل نكاح ذوات المحارم بجميع قراباته، فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض لها كالشخصين.

## القاعدة العشرون بعد المائة

## ترجيح ذي القربتين على ذي القرابة الواحدة

يرجح ذو القربتين على ذي القرابة الواحدة، وإن لم تكن إحداهما لها مدخل في الاستحقاق في مسائل:

- ١ - الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب في الميراث بالولاء.
- ٢ - تقديم الأخ للأبوين على الأخ للأب في ولاية النكاح.
- ٣ - تقديمه عليه في حمل العاقلة، وفيه الروايتان.
- ٤ - تقديمه عليه في الصلاة على الجنازة، وفيه الروايتان أيضاً.
- ٥ - في الوقف المقدم فيه بالقرب، وكذلك الوصية، فيترجح الأخ للأبوين على الأخ للأب صرح به الأصحاب في الوصية، وعللوا: بأن الانفراد بالقرابة كالتقدم بدرجة، وخالف الشيخ تقي الدين في الوقف، وقال: لا يرجح فيه بالقرابة الأجنبية عن استحقاق الوقف.



## القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة

### تخصيص العموم بالعرف

في تخصيص العموم بالعرف، وله صورتان:

**إحدهما:** أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، فهذا يخص به العموم بغير خلاف فلو حلف لا يأكل شواء اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوى، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك، فالمراد بالدابة عرفاً ذوات الأربع دون ما يدب على الأرض، والمراد بالسقف سقف البيت دون السماء، والمراد بالسراج ما يعقد بالزيت ونحوه دون الشمس، والمراد بالوتد ما يغرز في الجدار للمتاع دون الجبل.

**الصورة الثانية:** أن لا يكون كذلك وهو نوعان:

**أحدهما:** ما لا يطلق عليه الاسم العام إلا مقيداً به ولا يفرد بحال، فهذا لا يدخل في العموم بغير خلاف نعلمه؛ كخيار شنبر وتمر هندي لا يدخلان في مطلق التمر والخيار، ذكره القاضي، ونظيره ماء الورد لا يدخل في اسم الماء المطلق.

**والنوع الثاني:** ما يطلق عليه الاسم العام لكن الأكثر أن لا يذكر معه إلا بقيد أو قرينة، ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيه، ففيه وجهان ويتفرع عليهما مسائل:

١ - لو حلف لا يأكل الرؤوس فقال القاضي يحنث بأكل كل ما يسمى رأساً من رؤس الطيور والسمك - وهو المذهب -، وقال أبو الخطاب: لا يحنث إلا برأس يؤكل في العادة مفرداً، وحكى عن أحمد: لا يحنث إلا بأكل رأس بهيمة الأنعام خاصة.



٢ - لو حلف لا يأكل البيض فهو على الوجهين أيضاً، فيحنت عند القاضي بأكل بيض السمك وغيره - وهو المذهب -، ولا يحنت عند أبي الخطاب إلا بأكل بيض يزابل بايضة في حياته.

٣ - لو حلف لا يأكل اللحم فأكل لحم السمك ففيه وجهان أيضاً - والمذهب: أنه يحنت -.

٤ - لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماماً، فالمنصوص في رواية مهنا: أنه يحنت وأنه لا يرجع في ذلك إلى نيته - وهو المذهب -.

٥ - لو حلف لا يشم الريحان، فقال القاضي: تختص يمينه بالفارسي؛ لأنه المسمى بالريحان عرفاً. وقال أبو الخطاب وغيره: يحنت بكل نبت له رائحة طيبة؛ لانه ريحان حقيقة - وهو المذهب -.

٦ - لو حلف لا يأكل لحم بقر، فهل يحنت بأكل لحم بقر الوحش؟.

٧ - لو حلف لا يتكلم فقراً أو سبح، هل يحنت أو لا؟ المشهور: أنه لا يحنت، وتوقف أحمد في رواية.

٨ - لو حلف بعق عبده أو أعتقهم عتقاً منجزاً، فقال الخرقى، وأبو بكر: يتناول القنَّ والمُدَبَّرَ والمكاتب وأمَّ الولد وأشقاصه<sup>(١)</sup>، وزاد القاضي عبيد عبده التاجر، ونصَّ عليه أحمد في المكاتب في رواية ابن منصور.

وخرَّج القاضي رواية: بعدم دخول المكاتبين بدون نية من رواية مهنا في الأشقاص: أنهم لا يدخلون في عتق الممالك، إلا أن ينويهم، ومأخذه أنهم خارجون من مسمى الرقيق والمملوك عرفاً، ولو قيل إن أمَّ الولد كذلك لم يبعد.

٩ - لو حلف بصدقة ماله وأراد البر أو نذره نذر تبرر فإنه يتصدق بثلث جميع ماله عند الأصحاب، ونقل الأثرم عن أحمد: أنه سئل هل الثلث من الصامت خاصة أو من جميع ما يملك؟ فقال: ذلك على قدر ما نوى وعلى

(١) الشقص هنا: بعض العبد.

قدر مخرج يمينه، والأموال عند الناس تختلف، الأعراب يسمون الإبل والغنم: الأموال، وغيرهم يسمي الصامت، وغيرهم الأرضين.....، قال القاضي في خلافه: فظاهر هذا أنه يرجع إلى نيته في ذلك فإن أطلق يرجع إلى عرف الإطلاق عند الناظر.

١٠ - لو حلف لا مال له وله مال لا تجب فيه الزكاة كالبيت الذي يسكنه، فقال الأصحاب: يحنث وعن أحمد: لا يحنث.



## القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة

## تخصيص العموم بالعادة

يخص العموم بالعادة على المنصوص، وذلك في مسائل:

١ - لو وَصَّى لأقربائه أو أهل بيته، قال أحمد في رواية ابن القاسم: إذا قال لأهل بيتي أو قرابتي فهو على ما يعرف من مذهب الرجل، إن كان يصل عمته وخالته، وقال في رواية صالح في الوصية لأهل بيته: ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمه، فإن كان لا يصل قرابته من قبل أمه فأهل بيته من قبل أبيه.

٢ - لو وَصَّى لقرابة غيره وكان يصل بعضهم، أو وَصَّى للفقهاء، أو الفقراء وكان يصل بعضهم. قال القاضي في خلافه: لا رواية فيه، ولا يمتنع أن نقول فيه ما نقوله في أقارب نفسه.

٣ - لو وقف على بعض أولاده ثم على أولاد أولاده، فهل يختص البطن الثاني بأولاد المسمين أو لا؟ أو يشمل جميع ولد ولده نص أحمد في رواية حرب: على أنه يشمل جميع ولد الولد.

ويتخرَّج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بأبائهم.

٤ - لو استأجر أجييراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف.

٥ - لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة وهو الثمر دون ما لا يؤكل عادة كالورق والخشب.



## القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة

### تخصيص العموم بالشرع

يخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح في مسائل:

- ١ - إذا نذر صوم الدهر لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيام السنة أو وما يجب صومه شرعاً كرمضان على أصح الروايتين.
- ٢ - لو حلف لا يأكل لحماً لم يتناول يمينه اللحم المحرم على أحد الوجهين.
- ٣ - لو وصّى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين. حكاهما في الترغيب وظاهر كلام القاضي، وظاهر كلام ابن أبي موسى وابن عقيل: الدخول.
- ٤ - لو وُكِّلَه أن يطلق زوجته فهل يدخل فيه الطلاق المحرم؟ على وجهين ذكرهما ابن عقيل وصاحب المحرر - والمذهب: له أن يطلق زمن البدعة -.
- ٥ - لو نذر اعتكاف شهر متتابع فله أن يعتكف في غير الجامع ويخرج إلى الجمعة لاستثنائها بالشرع، وفيه وجه: لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع، والأول المذهب.



## القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة

## تخصيص العام بسببه الخاص

هل نخص اللفظ العام بسببه الخاص إذا كان السبب هو المقتضي له؟  
فيه وجهان:

أحدهما: لا يخص به بل يقضى بعموم اللفظ، وهو اختيار القاضي والآمدّي وأبي الفتح الحلواني وأبي الخطاب وغيرهم، وأخذوه من نصّ أحمد في رواية علي بن سعيد فيمن حلف لا يصطاد من نهر لظلم رآه فيه ثم زال الظلم، قال أحمد: النذر يوفى به.

وكذلك أخذوه من قاعدة المذهب فيمن حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخاً: أنه يحث بتكليمه تغليياً للتعيين على الوصف قالوا: والسبب والقرينة عندنا تعم الخاص ولا تخصص العام.

**والوجه الثاني:** لا يحث، وهو الصحيح عند صاحبي المغني والمحرم، ولكن صاحب المحرم استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه ثم زال، وصاحب المغني عدى الخلاف إليها، ورجّحه ابن عقيل في عمّد الأدلة، وقال: هو قياس المذهب؛ لأن المذهب أن الصفة لا تنحل بالفعل حالة البيئونة<sup>(١)</sup>؛ لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضي التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها، وكذلك جزم به القاضي في موضع من المجرد واختاره الشيخ تقي الدين، وفرق بينه وبين مسألة النهر المنصوصة: بأن نصّ أحمد إنما هو النذر، والناذر إذا قصد التقرب بنذره لزمه الوفاء مطلقاً كما منع المهاجرون من العود إلى ديارهم التي تركوها لله، وإن زال المعنى

(١) كما لو قال: إن كلمت زيدا فأنت طالق، فأبانها ثم كلمت زيدا، ثم تزوجها فكلمت زيدا طلق.

الذي تركوها لأجله فإن تُرك شيء لله يمتنع فيه العود مطلقاً، وإن كان لسبب قد يتغير، ولهذا نهى المتصدق أن يشتري صدقته، وهذا أحسن، وقد يكون جده صاحب المحرر لحظ هذا حيث خص صورة النهر بالحنث مع الإطلاق بخلاف غيرها من الصور، وأما مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصفة فإن كان ثم سبب يقتضي اختصاص اليمين بحال بقاء الصفة لم يحنث بالكلام بعد زوالها صرح به في الكافي والمحرر فهي كمسألتنا، ويتفرع على هذه القاعدة مسائل:

١ - لو دعي إلى غداء فحلف لا يتغدى، فهل يحنث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه؟ على وجهين وجزم القاضي في الكفاية وصاحب المحرر بعدم الحنث - وهو المذهب - .

٢ - لو حلف لا رأيت منكراً إلا رفعته إلى فلان القاضي، فعزل فهل تنحل يمينه؟ على الوجهين، وفي الترغيب إن كان السبب أو القرائن تقتضي حالة الولاية اختص بها، وإن كانت تقتضي الرفع إليه بعينه، مثل أن يكون مرتكب المنكر قرابة الوالي مثلاً وقصد إعلامه بذلك لأجل قرابته، وذكر الولاية تعريضاً، تتناول اليمين حال الولاية والعزل، وإن لم يكن دلالة بحال فهل يبر برفعه إليه بعد العزل ويحنث بتركه؟ على وجهين، فإن كانت يمينه رفعه إلى الولي من غير تعيين، فهل يتعين المنسوب في الحال أم يبرأ بالرفع إلى كل من ينصب بعده؟ على وجهين، لتردد الألف واللام بين تعريف العهد والجنس، ولو علم بمنكر بعد علم الوالي احتمل وجهين:

أحدهما: أن البر قد فات كما لو رآه معه.

والثاني: لم يفت؛ لأن صورة الرفع ممكنة.

٣ - لو حلف على عبده أو زوجته أو لغريمه لا يخرج إلا بإذنه، ثم باع العبد وطلق الزوجة ووفى الغريم، فهل تنحل يمينه؟ على الوجهين.

٤ - لو قالت له زوجته: تزوجت علي؟ قال كل امرأة لي طالق، فإن المخاطبة تطلق بذلك نص عليه أحمد، وعنه: التوقف.

## القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة

### أقسام النية من حيث العموم، والخصوص، والإطلاق والتقييد

القسم الأول: النية تعم الخاص، ولها صور كثيرة:

- ١ - لو حلف على زوجته لا تركت هذا الصبي يخرج فخرج بغير اختيارها، فنص أحمد: أنه إن نوى أن لا يخرج من الباب فخرج فقد حنث، وإن كان نوى أن لا تدعه لم يحنث؛ لأنها لم تدعه.
  - ٢ - قال: إن رأيتك تدخلين هذه الدار فأنت طالق فنص أحمد: أنه إن أراد أن لا تدخلها بالكلية فدخلت ولم يرها حنث، وإن كان نوى إذا رآها فلا يحنث حتى يراها تدخلها.
  - ٣ - لو حلف لا يدخل هذا البيت يريد هجران قوم فدخل عليهم بيتاً آخر حنث.
  - ٤ - لو حلف لا يشرب له الماء ونوى الامتناع من جميع ماله حنث بتناول كل ما يملكه.
  - ٥ - لو حلف أن لا يضربه ونوى أن لا يؤلمه حنث بكل ما يؤلمه من خنق وعَضٍّ وغيرهما نص عليه.
  - ٦ - لو حلف لا يكلم امرأته يقصد هجرانها بذلك حنث بوطنها.
  - ٧ - لو طلق امرأته طلاق رجعية وحلف لا راجعتها وأراد الامتناع من عودها إليه مطلقاً حنث بتزوجها بنكاح جديد بعد البينة.
  - ٨ - لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته لتهنئة ولا تعزية، ونوى أن لا تخرج أصلاً، هل يحنث بخروجها لغير تهنئة ولا تعزية؟
- قلت: والصواب الجزم بالحنث هاهنا مطلقاً.

القسم الثاني: أن النية تخصص العام بغير خلاف فيها، وله صور كثيرة جداً.

١ - أن يقول: نسائي طالق ويستثنى بقلبه واحدة، أو يحلف لا يسلم على زيد فسلم على جماعة هو فيهم ويستثنى بقلبه.

٢ - ولو حلف لا يدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً هو فيه مع جماعة ونوى بدخوله غيره، هل يحنث؟ - المذهب: أنه لا يحنث -.

٣ - لو قال لزوجته: إن لبست ثوباً فأنت طالق، وقال: أردت ثوباً أحمر... وقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: أردت في هذه السنة، فالجمهور من الأصحاب على أنه يدين في ذلك، وفي قبوله في الحكم روايتان.

### القسم الثالث: تقيد النية للمطلق، وله صور:

١ - إذا نذر الصدقة بمال ونوى في نفسه قدرًا معيناً، فنص أحمد في رواية أبي داود: أنه لا يلزمه ما نواه - وهو المذهب؛ لأن اسم المال يقع على القليل وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم - وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية للزوم.

٢ - لو قال: أنت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به أكثر من واحدة؟ على روايتين. - والمذهب: أنه يلزمه الثلاث - لأن طالقاً اسم فاعل، وهو صادق على من قام به الفعل مرة وأكثر، فيكون محتملاً للكثرة فينصرف إليها بالنية.

٣ - إذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا؟ قد سبق لنا أن في صحة النكاح وجهين إذا قال: زوجتك بنتي وله بنات ونوياً واحدة معينة، وإن مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح، وهذا يقتضي صحة سائر العقود التي لا يحتاج فيها إلى الشهادة بمثل ذلك، وصرح صاحب المحرر: بأنه إذا اشترى شيئاً بثمن مطلق في الذمة ونوى نقده من المال المغصوب ونقده منه فهل يكون العقد باطلاً كما لو وقع على عين



المغصوب أو يكون صحيحاً على روايتين، وإنما خرج الخلاف في تقييد المطلق بالنية دون تخصيص العام بها؛ لأن تخصيص العام نقص فيه وقصر له على بعض مدلوله، وذلك إنما يكون بالنية والإرادة فهي المخصصة حقيقة، وهذا بخلاف تقييد المطلق فإنه زيادة على مدلوله فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة.

فإن قيل: هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاص بالنية فإنه إلزام بزيادة على اللفظ بمجرد النية، قيل: الفرق بينهما أن الخاص إذا أريد به العام كان نصّاً على الحكم في صورة العلة، فيتعدى الحكم إلى كل ما وجدت فيه تلك العلة، وهذا غير موجود في المطلق إذا أريد به بعض مقيداته.

**القسم الرابع:** كون النية استثناء من النص، وله صور:

١ - لو قال أنت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة، فهل يلزمه الثلاث في الباطن؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه وهو قول أبي الخطاب وصاحب الحلواني.

والثاني: يقع به الثلاث في الباطن وهو الذي جزم به السامري في فروقه، وصاحب المغني، واختاره صاحب المحرر - وهو المذهب -؛ لأن النية إنما تصرف اللفظ إلى محتمل ولا احتمال في النص الصريح، إنما الاحتمال في العموم، ويشهد له قول أحمد في رواية صالح: النية فيما خفي ليس فيما ظهر.

٢ - لو قال نسائي الأربع طوالت واستثنى بقلبه فلانة فهي كالتي قبلها.

٣ - لو قال كل عبد لي حُرٌّ واستثنى بقلبه بعض عبده، فذكر ابن أبي موسى في صحته روايتين، ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر.

**تنبيه حسن:** فرّق الأصحاب بين الإثبات والنفي في الأيمان في مسائل، وقالوا في الإثبات: لا يتعلق البر إلا بتمام المسمى، وفي الحنث يتعلق ببعضه على الصحيح، وقالوا: الأيمان تحمل على عرف الشرع والشارع إذا نهى عن

شيء تعلق النهي بجملته وأبعاضه، وإذا أمر بشيء لم يحصل الامتثال بدون الإتيان بكماله.

فأخذ الشيخ تقي الدين من هذا أن اليمين في الإثبات لا تعم وفي النفي تعم، كما عمت أجزاء المحلوف عليه، قال: وقد ذكر القاضي في موضع من خلافه: أن السبب يقتضي التعميم في النفي دون الإثبات.

قال الشيخ: وهذا قياس المذهب في الأيمان، وقرره بأن المفسد يجب اجتنابها كلها، بخلاف المصالح فإنه إنما يجب تحصيل ما يحتاج إليه منها؛ فإذا وجب تحصيل مصلحة لم يجب تحصيل أخرى مثلها للاستغناء عنها بالأولى، وكلامه يشمل التعميم بالنية أيضاً، حتى ذكر في العلة المنصوصة في كلام الشارع: أنها إن كانت في تحريم تعدت بالقياس إلى غير المنصوص عليه بالعلّة، وإن كانت إيجاباً لم تعد، وذكر أن هذا قياس المذهب.



## القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة

## دخول الصور التي لا تقصد من العموم في اللفظ

الصور التي لا تقصد من العموم عادة إما لندورها أو لاختصاصها بمانع، لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلم بأنه لم يرد إدخالها فيه هل يحكم بدخولها أم لا؟ في المسألة خلاف، ويترجح في بعض المواضع الدخول وفي بعضها عدمه بحسب قوة القرائن وضعفها، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

١ - إذا قيل: تزوجت على امرأتك فقال: كل امرأة طالق هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا إذا قال: لم أرَها؟ نصّ أحمد تارة: على أنها تطلق، وتوقف فيها أخرى، وخرجها ابن عقيل على روايتين.

٢ - لو قذف أباه إلى آدم وحواء، فنصّ أحمد في رواية حرب: أن عليه حداً واحداً ولم يجعله ردةً عن الإسلام؛ لأنه لم يقصد دخول الأنبياء في ذلك ولا يقصد ذلك مسلم، وخرج شيخ الإسلام ابن تيمية فيها وجهاً آخر: أنه ردة من المسألة الآتية.

٣ - لو قال: عصيت الله فيما أمرني به، هل يكون يميناً؟ قال القاضي: ليس بيمين؛ لأن المشهور تخصيص المعاصي بالذنوب دون الكفر، وقال صاحب المحرر: عندي أنه يمين لدخول التوحيد فيه.

٤ - لو قال لعبيده وهم عنده: أنتم أحرار، وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها، هل تعتق أم لا؟ على روايتين.

٥ - لو حلف لا يسلم على فلان فسلم على جماعة هو فيهم وهو لا يعلم بمكانه ولم يرده بالسلام، فحكى الأصحاب في حنثه الروايتين، والمنصوص هاهنا عن أحمد: الحنث في رواية مهتاً، حتى فيما إذا كان

المحلولف عليه مستترا بين القوم ببارية في المسجد وهو لا يراه، ونقل عنه أبو طالب إن كان وحده فسلم عليه وهو لا يعرفه حنث، وإن كان بين جماعة وهو لم يعلم به لم يحنث؛ لأنه أراد الجماعة.

٦ - لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قريته أو وصّى لهم وفيهم مسلمون وكفار لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم نصّ عليه في رواية حرب وأبي طالب، ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار ففي الاقتصار عليه وجهان؛ لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً.

٧ - لو تهايأ المعتق بعضه هو وسيده على منفعه وأكسابه - أي: قسمة المنافع والأكساب -، فهل يدخل فيها الأكساب النادرة كالركاز والهدية واللقطة أم لا؟ على وجهين.

٨ - لو قال: ما أحل الله عليّ حرام وله زوجة ومال، وقال: لم أرد زوجتي فهو مظاهر، عليه كفارة الظّهار نصّ عليه في رواية ابن منصور؛ لأن الزوجة أشهر أفراد الحلال الذي يقصد تحريره، فلا يصح إخراجها من العموم بعدم إرادة دخوله، وقال ابن عقيل: يجب مع كفارة الظّهار كفارة يمين لدخول المال في العموم، فأما إن لم تكن له زوجة وله مال فهو يمين كسائر تحرير المباحات.



## القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة

## اجتماع المباشرة والتسبب

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** إذا اجتمعت المباشرة والسبب، ولم تكن المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب.

**القسم الثاني:** إذا اجتمعت المباشرة والسبب، وكانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، ولم يكن من المباشرة عدوان تعلق الضمان بالسبب، دون المباشرة.

**القسم الثالث:** إذا اجتمعت المباشرة والسبب وكانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، وكان من المباشر عدوان، كان الضمان مشتركاً بينها وبين السبب.

ومن صور القسم الأول مسائل:

١ - إذا حفر واحد بئراً عدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً أو مالاً لمعصوم فسقط فتلف فالضمان على الدافع وحده.

٢ - لو فتح قفصاً عن طائر فاستقر بعد فتحه، فجاء آخر فنفره فالضمان على المنفر وحده.

٣ - لو رمى معصوماً من شاهق فتلقاه آخر بسيف فَقَدَهُ به فالقاتل هو الثاني دون الأول. فأما إذا ضرب بطن امرأة فَأَلْقَتْ جَنِيناً وفيه حياة غير مستقرة فضربه آخر فمات فالقاتل هو الأول وعليه الغرة ويعزر الثاني؛ لأن الضارب ليس بمتسبب بل هو مباشر للقتل فلذلك لزمه الضمان.

وكذا لو رمى صيداً فأصاب مقتله ثم رماه آخر فمات فالقاتل هو الأول فيباح الصيد بذلك **والثاني** جان عليه فيضمن ما خرق من جلده هذا قول

القاضي والأكثرين، وظاهر كلام الخرقى: تحريمه<sup>(١)</sup> هاهنا فيضمن الثاني قيمته كاملة ويسقط منها قدر جرح الأول.

ومن صور القسم الثاني مسائل:

١ - إذا قَدَّم إليه طعاماً مسموماً عالماً به فأكله وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو المُقَدِّم، وعليه القصاص أو الدية.

٢ - لو قتل الحاكم حذاً أو قصاصاً بشهادة، ثم أقر الشهود أنهم تعمّدوا الكذب فالضمان والقود عليهم دون الحاكم.

ونقل أبو النصر العجلي عن أحمد: إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة ثم تبين أن المرجوم مجبوب فالضمان على الحاكم وهو مشكل؛ لأنه قد تبين كذبهم بالعيان فهو كإقرارهم بتعمد الكذب، وقد يفرق: بأن المجبوب لا يخفى أمره غالباً فالإقدام على رجمه لا يخلو من تفريط، وبأن الشهود قد يشتبه عليهم فلا يتحقق تعمدهم للكذب، وأما إن تبين أن الشهود فسقة أو كفار وقلنا ينقض الحكم وكان الحق لآدمي فالضمان على المحكوم له، وإن كان لله تعالى، فله حالتان:

إحدهما: أن يستند الحاكم في قبول الشهادة إلى تزكية من زكاهم، وفيه أوجه:

أحدها: الضمان على المزكيين قاله أبو الخطاب وصححه صاحب الكافي والترغيب؛ لأنهم ألجؤوا الحاكم إلى الحكم، والحاكم فعل ما وجب عليه، والشهود لا يعترفون ببطلان شهادتهم فيتعين إحالة الضمان على المزكيين.

والثاني: الضمان على الحاكم وحده قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنه مفطر بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم، وحكمه يختص بالمحكوم به، بخلاف التزكية، فإنها لا تختص بالمحكوم به.

(١) إذ يحتاج إلى تذكية؛ لكونه مقدوراً عليه.

الثالث: يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم، والمزكين، والقرار على المزكين.

الحال الثانية: أن لا يكون ثم تزكية فالضمان على الحاكم وحده، ذكره الخرقى والأصحاب؛ لتفريطه بقبول شهادة من لا تجوز قبول شهادته من غير إلجاء له إلى القبول.

٢ - المُكره على إتلاف مال الغير، وفي الضمان وجهان:

أحدهما: أنه على المُكره وحده، لكن للمستحق مطالبة المتلف، ويرجع به على المُكره؛ لأنه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان، بخلاف المُكره على القتل فإنه غير معذور، فلهذا شاركه في الضمان.

والثاني: عليهما بالضمان كالدية، صرح به في «التلخيص»، وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتمالاً، وعلل باشتراكهما في الإثم، وهذا تصريح بأن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير.

٣ - إذا أكره على تسليم الوديعة إلى غير المالك، فقال القاضي: لا ضمان؛ لأنه ليس بإتلاف، وعن أبي الخطاب وابن عقيل: الضمان مطلقاً؛ لأنه افتدى بها ضرره، وعن ابن الزاغوني: أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد فعليه الضمان ولا إثم، وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان.

ومن صور القسم الثالث مسائل:

١ - المكره على القتل، والمذهب اشتراك المكره في القود والضمان؛ لأن الإكراه ليس بعذر في القتل.

٢ - الممسك مع القاتل فإنهما يشتركان في الضمان والقود على إحدى الروايتين، وفي الأخرى: يختص بالقود المباشر بهما ويحبس الممسك حتى يموت.

٣ - لو حفر بئراً غدواناً في الطريق فوضع آخر حجراً إلى جانبها، فهل يختص بالضمان الواضع جعلاً له كالدافع أو يشتركان فيه كالممسك والقاتل؟

على روايتين. ولو كان الحافر غير متعدد فالضمان على الواضع وحده، وهي من صور القسم الثاني.

٤ - لو دَلَّ المودَعُ لَصّاً على الوديعة فسرقها فالضمان عليهما، ذكره القاضي وغيره، كما لو دَلَّ الْمُحْرِمُ محرماً آخر على صيد فقتله، ولو دَلَّ حلالاً فالضمان على المحرم وحده، وهي من صور القسم الثاني.

٥ - لو أحرم وفي يده المشاهدة<sup>(١)</sup> صيد وتمكن من إرساله فلم يفعل حتى قتله محرم آخر ففيه احتمالان ذكرهما القاضي في المجرد: أحدهما: الضمان على القاتل؛ لأنه مباشر والأول متسبب غير ملجئ.

والثاني: الضمان عليهما؛ على الأول باليد وعلى الثاني بالمباشرة. ويتخرّج على هذين الوجهين كل من أُلِفَ عيناً في يد من هي مضمونة عليه باليد، هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد أو يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف؟



(١) المشاهدة: بفتح الهاء اسم مفعول من شوهد، مثل: أن يكون حامله أو حاملاً قفصاً هو فيه أو ممسكاً بحبله أو مربوطاً في خيمته أو إلى راحلته ونحو ذلك، والحكمة: أن يكون الصيد في ملكه ولا يكون معه مثل كونه في بلده أو مودعاً عند غيره بحيث لا يشاهده معه.



## القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة

## اختلاف حال المضمون في حالي الجناية والسراية

إذا اختلف حال المضمون في حالي الجناية والسراية<sup>(١)</sup>، فهنا أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون مضموناً في الحالين، لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما، فهل الاعتبار بحال السراية أو حال الجناية؟ على روايتين.

القسم الثاني: أن يكون مهدرًا في الحالين فلا ضمان بحال.

القسم الثالث: أن تكون الجناية مهجرة والسراية في حال الضمان فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق.

القسم الرابع: أن تكون الجناية في حال الضمان والسراية في حال الإهدار، فهل يسقط الضمان أم لا؟ على وجهين.

فأما القسم الأول له أمثلة:

١ - لو جرح ذميًّا فأسلم ثم مات فلا قود، وهل تجب فيه دية مسلم أو دية ذمي؟ على وجهين، اختار القاضي وأبو الخطاب: وجوب دية ذمي اعتباراً بحال الجناية، وابن حامد: وجوب دية مسلم.

٢ - لو جرح عبداً ثم أعتق ثم مات من الجرح، فهل يضمن بقيمته على أنه عبد أو بديته على أنه حر؟ على روايتين، نقل حنبل عن أحمد: يضمنه بقيمته لا بالدية.

وعلى هذا فجميع القيمة للسيد؛ لأن السراية لا تثبت منفردة وإنما تجب تابعة للجناية وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لا يملك،

(١) السراية: أزيادة الجناية.

ولا قصاص على الحر المسلم في هذه المسألة والتي قبلها؛ لأنّ نفاء المكافأة حال الجناية.

٣ - لو ضرب بطن أمة حامل فأعتقت أو جنينها ثم ألقته ميتاً، فهل يضمّنه بغرة جنين حرّاً أو بقيمة جنين أمة؟ على وجهين. وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني ثم أسلمت ثم ألقته جنيناً ميتاً هل يضمّنه ضمان جنين مسلم أو ذمي على الوجهين.

٤ - لو قطع يدي عبد وقيّمته ألفان ثم سرت إلى نفسه ومات وقيّمته ألف فقال القاضي في خلافه: قياس المذهب أنه يضمّنه بألفين؛ لأنّ نقصان القيمة كنقصان بدله بالحرية.

ويلتحق بهذا ما إذا جرح ذمي خطأ ثم أسلم وسرى الجرح إلى النفس، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الدية على عاقلته حال الجرح اعتباراً بحال الجناية.

الثاني: على عاقلته أرش الجرح والزائد بالسراية في ماله؛ لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلته.

الثالث: الدية كلها في ماله كما لو اختلفت ديته حال الرمي والإصابة على ما يأتي ذكره؛ لأنّ أرش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية، ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم ثم أنجز ولاءه إلى موالي أبيه ففي المحرر: هو على هذا الخلاف، وفي الكافي: الدية في ماله، ولم يذكر خلافاً.

وأما القسم الثاني فمن أمثله:

إذا جرح عبداً حريباً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتداً ثم مات، فلا ضمان؛ لأنّ الحربي والمرتد لا يضمّن حرّاً كان أو عبداً.

وأما القسم الثالث فله أمثلة:

١ - لو جرح حربياً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان.

٢ - لو جرح مرتداً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب

الترغيب: أن الضمان هنا مخرج على الضمان فيما إذا طرأ الإسلام بعد الرمي وقبل الإصابة.

٣ - لو جرح صيداً في الحل، ثم دخل الحرم فمات فيه فلا ضمان ويحل أكله.

٤ - لو جرح عبد نفسه ثم عتق ثم مات فهل يضمه - أي: السيد - أم لا؟ على وجهين.

وأما القسم الرابع فله أمثلة:

١ - لو جرح مسلماً أو قطع يده عمدً فارتدّ ثم مات، فهل يجب القود في طرفه أم لا؟ على وجهين، المرجح منهما عدمه؛ لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وأما ضمان طرفه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا ضمان أيضاً؛ لأن الجنائية صارت نفساً مهددة.

الثاني: يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف لثبوت ضمان الطرف قبل الردة.

٢ - لو جرح صيداً في الحرم فخرج إلى الحل فمات لزمه كمال ضمانه، تغليباً لضمان الصيد، كالمتولد بين مأكول وغيره، ويتوجّه: أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسألة التي قبلها.



## القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة

### إذا تغير حال المرمي أو الرامي بين الرمي والإصابة

إذا تغير حال المرمي أو الرامي بين الرمي والإصابة فهل الاعتبار بحالة الإصابة، أم بحالة الرمي؟ ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - لو رمى مسلم ذمياً أو حرّاً عبداً فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمي وعتق العبد ثم ماتا فهل يجب القود أم لا؟ على وجهين: والمذهب: أنه لا يجب وهو قول الخرقى وابن حامد وصححه القاضي لفقد التكافؤ حين الجناية.

٢ - لو رمى إلى مرتد أو إلى حربي فأسلما ثم وصل إليهما السهم فقتلتهما فلا قود بغير خلاف؛ لأن دمههما حال الرمي كان مهدرًا، وهل يجب الضمان؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وجوبه.

والثاني: لا ضمان فيهما وهو أشهر.

والثالث: يضمن المرتد دون الحربي.

٣ - لو رمى الذمي سهماً إلى صيد فأصاب آدمياً وقد أسلم الرامي، فقال الآمدي: يجب ضمانه في ماله؛ لأنه لم يكن مسلماً حال الرمي لتعقله عاقلته المسلمون، ولا يجب على عاقلته من أهل الذمة؛ لأنه حين الإصابة كان مسلماً وبذلك جزم صاحب المحرر والكافي.

٤ - ولو رمى مسلم سهماً ثم ارتد ثم أصاب سهمه فقتل، فهل تجب الدية في ماله اعتباراً بحال الإصابة أم على عاقلته اعتباراً بحال الرمي؟ على وجهين.

٥ - لو رمى الحلال إلى صيد ثم أحرم قبل أن يصيبه ضمنه، ولو رمى

المحرم إلى صيد ثم أحل قبل الإصابة لم يضمه اعتباراً بحال الإصابة فيما ذكره القاضي قال: ويجيء على قول أحمد فيمن رمى طيراً على غصن في الحل أصله في الحرم أن يضم هنا في الموضعين تغليبا للضمان. انتهى.

٦ - لو رمى الحلال من الحل صيداً في الحرم فقتله فعليه ضمانه؛ لأن يده التي جنت.

وكذلك نص أحمد في رواية ابن منصور في شجرة في الحل غصنها في الحرم عليه طير لا يرمى.

٧ - هل الاعتبار في حل الصيد بأهلية الرامي وسائر الشروط حال الرمي أو الإصابة؟ فيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بحال الإصابة، فلو رمى سهماً وهو محرم أو مرتد أو مجوسي ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم حل أكله، ولو كان بالعكس لم يحل، وقد سبق الخلاف في المَحْرَم.

الثاني: الاعتبار بحال الرمي.

ومما يتفرع على ذلك: التسمية فإنها تشترط عند الإرسال، ولو سمي بعد إرساله - الكلب المعلم - فإن زجر بالتسمية وزاد جريه كفى.

وقال القاضي: إنما اعتبرت التسمية وقت الإرسال لمشقة معرفة وقت الإصابة، وهذا مشعر بأنه لو سمي عند الإصابة مع العلم بها لأجزأ.



## القاعدة الثلاثون بعد المائة

## الحوائج الأصلية ليست بمال فاضل

الحوائج الأصلية من المسكن والخادم والمركب المحتاج إليه ليست بمال فاضل يمنع أخذ الزكوات، ولا يجب فيه الحجج والكفارات، ولا يوفى منها الديون والنفقات، نصّ على ذلك أحمد في مسائل:

١ - الزكاة: قال أبو داود: سئل أحمد عن رجل له دار يقبل من الزكاة قال نعم! قلت: هي دار واسعة قال: أرجو أن لا يكون به بأس، قيل له: فإن كان له خادم قال أرجو، قيل له: فرس قال إن كان يغزو عليه في سبيل الله فأرجو أن لا يكون به بأس.

وقال جعفر بن محمد: سئل أبو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مائة دينار يحتاج إليها للخدمة يأخذ من الزكاة؟ قال نعم! وسئل عن الدار قال: إذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج إليه يعطى.

وقال في رواية ابن الحكم: يعطى من الزكاة صاحب المسكن، وإن كان له مسكن يفضل عنه.

٢ - أن هذه الحوائج الأصلية لا تباع ويوفى منها دين المفلس، وإذا كان معه مال يساوي نصاباً، فلا تجعل هذه الحوائج في مقابل دينه بحيث تجب الزكاة في هذا النصاب.

ولا فرق بين أن تكون هذه الحوائج عند المفلس أو يترك له من المال ما يشتري به هذه الحوائج، ونصّ أحمد: أنه إذا كان المسكن واسعاً فإنه يباع ويشترى له بقدره، ويجعل الفضل للغرماء.

٣ - الحج فإذا لم يجد إلا هذه الحوائج لم يكن مستطيعاً يجب عليه الحج، ولا تباع في ذلك.

٤ - الشريك في عبد إذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخادم وهو معسر لا يسري عليه العتق.

٥ - التكفير بالمال لا يباع فيه المسكن والخادم، ويباع فيه الفاضل من ذلك حتى لو كان له رقبة نفيسة يمكن أن يشتري بثلثها: رقبتهان فيستغني بخدمة إحداهما ويعتق الأخرى لزمه ذلك، وهكذا الدار والملابس.

٦ - نفقة الأقارب فلا تباع هذه الحوائج للإنفاق على الأقارب، وصرح صاحب الترغيب: بأن نفقة القريب لا يباع فيها إلا ما يباع على المفلس في دينه وتقدم تقريباً، وهكذا ينبغي أن يكون حكم الجزية والخراج والعاقلة، فلا تباع لأداء الجزية، والدية.

وذكر الآمدي: أن من وجبت عليه نفقة قريبه فغيب ماله وامتنع منها ووجد الحاكم له عقاراً فله بيعه والنفقة منه على أقاربه، وكذا ذكر صاحب المغني في نفقة الزوجة والأولاد، ولعل المراد بذلك العقار الذي لا يحتاج إليه للسكنى، أو أن هذا يختص بالمتنوع من النفقة مع قدرته عليها للضرورة حيث لم يقدر له على غير عقاره.



### القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة

## القدرة على اكتساب المال بالبُضع ليس بغنى معتبر

- القدرة على اكتساب المال بالبُضع - أي: النكاح - ليس بغنى معتبر، فلا تجبر على النكاح لأداء الواجبات، ولا تمنع من أخذ الزكاة.
- ١ - إذا أفلسَت المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها لم تجبر على النكاح لأخذ المهر، لوفاء الدين بغير خلاف.
- ٢ - أنه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر.
- ٣ - أنه لا تمنع من أخذ الزكاة بذلك أيضاً.
- ٤ - لو كان للمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها لوفاء الدين، وإن كان يجبر على إجارتها وأخذ أجرتها.





## القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة

### القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى النفقة دون غيرها

وهذه القاعدة قسمان:

**القسم الأول:** ما يتعلق بنفقة النفس، ومن تلزمه نفقته فإكتساب المال بالصناعة غنى، وعليه القوي المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فإنه غني بالاكْتساب.

**القسم الثاني:** ما عدا النفقة، فإكتساب المال بالصناعات ليس غنى. ويتفرع على هذه المسائل منها:

١ - القوي المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر؛ فإنه غني بالاكْتساب، وهل له الأخذ للغرم إذا كان عليه دين؟ على وجهين:  
أحدهما: له ذلك، والثاني: لا يجوز، والأول ظاهر كلام أحمد؛ لأنه أباح السؤال للمكاتب.

٢ - وجوب الحج على القوي المكتسب، فإن كان بعيداً عن مكة، فالمذهب انتفاء الوجوب، وإن كان قريباً؛ فوجهان.

٣ - وفاء الديون، وفي إجبار المفلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان، فأما المكاتب؛ فلا يجبر على الكسب لوفاء دينه على المذهب المشهور؛ لأنه دَيْنٌ ضعيف، وخرّج ابن عقيل وجهاً: بالوجوب كسائر الديون.

٤ - القدرة على الكسب بالحرفة يمنع وجوب نفقته على أقاربه - فلا يجب عليهم أن ينفقوا عليه -، أمّا إن لم يكن له حرفة وهو صحيح؛ فهل له

- النفقة؟ حكى أبو الخطاب روايتين، وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب -  
أي: يجب أن ينفق على أقاربه إذا كان له كسب - فالمذهب: الوجوب.  
٥ - أن الفقير المكتسب؛ هل يتحمل العقل مع العاقلة؟ فيه روايتان.  
٦ - الجزية؛ هل تجب على الفقير المكتسب؟ على روايتين، أشهرهما  
الوجوب.



## القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة

## يُثْبِتُ تَبْعاً مَا لَا يُثْبِتُ اسْتِقْلَالاً

وتحتها مسائل، منها:

- ١ - شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب تبعاً لثبوت الولادة بشهادة النساء، ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلاً.
- ٢ - شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتاً والدية إن سقط حياً - فيثبت المال بشهادة النساء تبعاً لثبوت الإسقاط بالضربة بشهادتهن، ولا يثبت المال بشهادتهن منفردات استقلاً.
- ٣ - شهادة امرأة على الرضاع تقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح، - وفسخ النكاح لا يثبت بشهادة النساء استقلاً.
- ٤ - لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكملوا العدة ولم يروا الهلال فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين. أشهرهما: لا يفطرون؛ لئلا يؤدي إلى الفطر بقول واحد. والثاني: بلى! ويثبت الفطر - بواحد - تبعاً للصوم ومن الأصحاب من قال: إن كان غيماً أفطروا وإلا فلا.
- ٥ - لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر؛ لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب، - والفطر لا يثبت بشهادة الواحد استقلاً.
- ٦ - صلاة التراويح ليلة الغيم تبعاً للصيام<sup>(١)</sup> على أحد الوجهين، وهو المذهب على القول بأن التراويح لا تثبت بواحد إذا شهد واحد برؤية الهلال ثبت به الشهر وترتبت عليه هذه الأحكام، وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل في عمدة الأدلة.

(١) إذ على المذهب إذا غم ليلة الثلاثين من شعبان وجب الصيام من الغد.

٧ - لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله ما قاله فرواه واحد  
يثبت الحديث به: وقع الطلاق - وإن كان الطلاق لا يثبت بشهادة واحد - .

٨ - لو حلف بالطلاق أنه ما غصب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد ويمين أو  
برجل وامرأتين فهل يقع به الطلاق؟ - تبعاً لثبوت المال بالغصب - على  
وجهين .

٩ - لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها النساء، حيث لم يقبل قول المرأة  
في ولادتها هل يقع الطلاق؟ - بشهادة النساء تبعاً لثبوت الولادة بالنساء -  
المشهور: الوقوع، ويشهد له نصُّ أحمد في رواية مهتاً إذا قال لها إذا حضت  
فأنت وضرتك طالق فشهد النساء بحيضها: طلقتا جميعاً، وخرّج صاحب  
المحرر فيه وجهاً آخر: أنه لا يقع الطلاق من المسألة التي قبلها .

١٠ - لو ادعى المكاتب - السداد - إذا أخر نجوم الكتابة فأنكر السيد  
فأتى المكاتب بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين على ما قال فهل يعتق أم لا؟  
قال الخرقى: يعتق ولم يحك صاحب المغني فيه خلافاً - فيثبت العتق بشاهد  
ويمين: أو برجل وامرأتين تبعاً لثبوت المال، وإن كان لا يثبت إلا برجلين -  
وحكى صاحب الترغيب فيه وجهين .

١١ - إذا وقف وقفاً معلقاً بموته فإنه يصح على المنصوص في رواية  
الميموني وذكره الخرقى وقال القاضي: لا يصح والأول أصح؛ لأنها وصية  
والوصايا تقبل التعليق - فيصح تعليق الوقف تبعاً لتعليق الوصية - .

١٢ - البراءة المعلقة بموت المبرئ تصح أيضاً لدخولها ضمناً في  
الوصية، نصّ عليه في رواية المروذي، وقاله الأصحاب، وكذا إبراء المجروح  
للجاني من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته، - فيصح تعليق البراءة  
تبعاً لتعليق الوصية - .

١٣ - إذا قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق بألف، فإنه يصح ذكره  
القاضي وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق - المعلق إذ المعاوضة لا يصح تعليقها  
- إذا قبلته فإنه لا بد من قبولها .

١٤ - لو قالت له: إن طلقني فلك علي ألف فطلقها بانت ولزمها الألف، قال الشيخ تقي الدين: ذكر القاضي في خلافه: ما يقتضي أنه لا يعلم فيه خلافاً، وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت: إن طلقني فأنت بريء من صداقي فطلقها أنه يبرأ من صداقها ويقع الطلاق بئناً؛ لأن تعليق الإبراء أقرب إلى الصحة من تعليق التمليك لتردد الإبراء بين الإسقاط والتمليك، والتمليك يقع معلقاً في الجعالة والسبق فهاهنا كذلك - تبعاً للطلاق -.

١٥ - إذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة كلما أسلمت واحدة منكن فهي طالق فهل يصح؟ على وجهين: أحدهما: لا يصح؛ لأن الطلاق اختيار والاختيار لا يتعلق بالشرط. والثاني: يصح؛ لأن الطلاق يقبل التعليق والاختيار يثبت تبعاً له وضمناً.

١٦ - إذا قال رجل لآخر أعتق عبدك عني وعلي ثمنه، فقال القاضي في خلافه: هو استدعاء - أي: طلب - للعتق والملك يدخل تبعاً وضمناً لضرورة وقوع العتق له.

١٧ - صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف تحصل ضمناً وتبعاً للحج، وإن كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالاً، وقد أشار الإمام أحمد إلى هذا في رواية الشالنجي.

١٨ - الوكيل ووصي اليتيم لهما أن يشتريا بزائد على ثمن المثل ما يُتغابن بمثلها عادة، ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداءً.

١٩ - لو كان له أمتان لكل منهما ولد فقال - المالك لهما -: أحد الولدين ولدي ومات ولم يبين ولا بين وارثه ولم يوجد قافة، أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو حرٌّ وأمه معتقة بالاستيلاد، وهل يثبت نسب الولد ويرث أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه لا يثبت نسبه ولا يرث؛ لأن القرعة لا مدخل لها في الأنساب.

والثاني: يثبت نسبه ويرث؛ لأنه حُرٌّ استندت حريته إلى الإقرار فأشبهه ما لو عينه في إقراره.

٢٠ - لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينها أقرع بينهما وأخرجت المطلقة بالقرعة ولم يجب عليها عدة الوفاة، بل تحسب لها عدة الطلاق من حينه وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام أحمد رحمته الله؛ لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها.

٢١ - لو قال الخنثى المُشَكَّلُ: أنا رجل وقبلنا قوله في ذلك في النكاح، فهل يثبت في حقه سائر أحكام الرجال تبعاً للنكاح فيزول بذلك إشكاله؟ أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى وفيما عليه من حقوق الأدميين دون ماله منها؛ لئلا يلزم قبول قوله في استحقاقه ميراث ذكر وديته؟ فيه وجهان.



## القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة

## المنع أسهل من الرفع

ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً:

١ - تخمير الخل ابتداء بأن يوضع فيها خل يمنع تخميرها مشروع، وتخليلها بعد تخمرها ممنوع.

٢ - ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه وجلده وهو مشروع، ودبح جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب.

٣ - السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر، ولو سافر في أثناء يوم من رمضان، ففي استباحة الفطر روايتان، والإلتزام فيه أفضل بكل حال.

ونقل ابن منصور عن أحمد رحمته الله: إن نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار أفطر.

٤ - الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل، فإن شرعت فيه بدون إذنه، ففي جواز تحليلها روايتان.

٥ - وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء فهل تبطل الصلاة أم لا؟ على روايتين - والمذهب البطلان -.

٦ - القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الأمة هل يبطل نكاحها؟ على روايتين، ونمنع نكاح الأمة ابتداء.

٧ - القدرة على كفارة الظهار بالعتق بعد الشروع في الصيام لا يوجب الانتقال على الصحيح، وقبلة يجب.

٨ - المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها، فإن سلمت نفسها

ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه؟ على وجهين - والمذهب: لا تملكه -.

٩ - وكذلك اختار صاحب المغني: في البيع أن البائع يملك الامتناع عن تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه، فإذا سلمه لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه مستنداً إلى هذه القاعدة.

١٠ - اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ولا يفسخه في الدوام على الأشهر - كما لو أسلمت نصرانية دون زوجها -، بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه.

١١ - الإسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرفعه بعد حصوله - فإذا أسلم بعد الأسر تعين رقه - وإنما استرق ولد الأمة المسلمة؛ لأنه جزء منها فهو في معنى استدامة الرق على المسلم، وأما الأسرى إذا أسلموا قبل الاسترقاق فإنما جاز استرقاقهم لانعقاد سببه في الكفر انعقاداً تاماً فاستند إلى سبب موجود في الكفر.





## القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة

## الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطاء

وتحتها قسمان:

**القسم الأول:** أن يكون الملك قاصراً من ابتدائه لا يستباح فيه الوطاء

**القسم الثاني:** أن يكون القصور طارئاً عليه - فيستباح به الوطاء - نصّ على ذلك أحمد رحمته الله.

فمن الأول:

الأمة المشتراة بشرط الخيار في مدة الخيار.

٢ - وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب، أو إن باعها فالمشتري أحق بها نصّ عليه أحمد.

٣ - وكذلك نصّ أحمد في رواية ابن هانئ: على منع الوطاء في الأمة المشتراة بشرط التدبير، ونصّ أيضاً في رواية ابن منصور: على المنع من وطاء بنت المدبرة دون أمها؛ إذ بنت المدبرة مُدَبَّرَةٌ من ابتداء ملكها بخلاف أمها.

٤ - وكذلك نصّ على المنع من وطاء الأمة المملوكة بالعمري وحمله القاضي على الاستحباب وهو بعيد، والصواب حمله على أن الملك بالعمري<sup>(١)</sup> قاصر، ومن ذلك الأمة الموصى بمنافعها لا يجوز للوارث وطؤها على أصح الوجهين، وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل.

(١) العمري: من العمر يقال: أعمرته الدار عمري؛ أي: جعلتها له يسكنها مدة عمره، فإذا مات عادت إلي كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية، فأبطل ذلك الشارع رحمته الله، وأعلمهم أن من أعمار شيئاً أو أرقبه في حياته فهو للمُعمر، ولورثته من بعده.

ومن الثاني: أمّ الولد، والمُدَبَّرَة، والمكاتبة، إذا اشترط وطأها في عقد الكتابة والمؤجرة والجانية.

وأما المرهونة: فإنما منع من وطئها لوجهين: أحدهما: أنه يفضي إلى استيلادها - إذ أم الولد لا تباع - فيبطل الرهن فيسقط حق المرتهن.

والثاني: أن الراهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتهن ولو بالاستخدام وغيره فالوطء أولى.



## القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة

### الوطء المحرم لعارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا ؟

وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** أن يحرم الوطء لضعف الملك وقصوره أو خشية عدم ثبوته كالأمة المستبرأة إذا ملكت بعقد فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها .

**القسم الثاني:** أن يحرم الوطء لعبادة يمتنع فيها جنس الترفه والاستمتاع بالنساء فيحرم الوطء والمباشرة كالإحرام القوي وهو ما قبل التحلل الأول، والاعتكاف .

**القسم الثالث:** أن يحرم الوطء لعبادة يمتنع فيها الجماع وما أفضى إلى الإنزال، فلا يمنع مما بعد إفضائه إليه من الملامسة ولو كانت لشهوة وهو الصيام، وأما الإحرام الضعيف وهو ما بين التحللين، فالمذهب: أنه يحرم الوطء والمباشرة، وفيه رواية أخرى: أنه يحرم الوطء خاصة .

**القسم الرابع:** غير العبادات فهل يحرم مع الوطء غيره؟ فيه قولان في المذهب .

ويخرج على ذلك مسائل:

١ - الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج، ولا يحرم ما دونه في المذهب الصحيح، وفيه رواية أخرى: يمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة .

٢ - الظَّهَار يحرم الوطء في الفرج، وفي الاستمتاع بمقدماته روايتان: أشهرهما التحريم .

٣ - الأمة المسبية في مدة الاستبراء يحرم وطؤها، وفي الاستمتاع بالمباشرة روايتان، وصحَّح القاضي الجواز .

٤ - الزوجة الموطوءة بشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء، وفي مقدمات الوطء وجهان.

٥ - الجمع بين الأختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء، قال ابن عقيل: يكره ولا يحرم، ويتوجه: أن يحرم، أمّا إذا قلنا: إن المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأخت حتى تحرم الأولى فلا إشكال.



## القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة

### الواجب بقتل العمد

الواجب بقتل العمد هل هو القود عيناً أو أحد أمرين إمّا القود وإمّا الدّية - وهذا هو المذهب -؟ فيه روايتان معروفتان ويتفرع عليهما ثلاث قواعد: القاعدة الأولى: في استيفاء القود. فيتعين حق المستوفي بغير إشكال، ثم إن قلنا: الواجب القود عيناً فلا يكون الاستيفاء تفويتاً للمال، وإن قلنا: أحد أمرين فهل هو تفويت للمال أم لا؟ على وجهين، ويتفرع عليهما مسائل:

١ - إذا قُتِلَ العبد المرهون، فاقتصص الراهن - المالك - من قاتله بغير إذن المرتهن فهل يلزمه الضمان - لقيمة العبد المرهون تكون رهناً - للمرتهن أم لا؟ على وجهين: أشهرهما: اللزوم نصّ عليه أحمد في رواية ابن منصور، وهو اختيار الأكثرين قالوا: ولا يجوز له القصاص بدون إذن المرتهن؛ لأن الواجب كان أحد الأمرين فإذا عينه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المرتهن فيضمنه بقيمته في المنصوص، وبه جزم في المحرروقال الأكثرون: بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية.

والوجه الثاني: لا يلزمه ضمان وصححه صاحب المحرر؛ لأن المال إنما يتعين بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمرتهن لا يلزم، ولهذا لم يلزم المفلس أخذ المال - لأجل الغرماء - إذا جنى عليه جناية توجب القود، بل له الاقتصاص مع تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله.

٢ - إذا قتل عبد من التركة المستغرقة بالديون عمداً، وقلنا: ينتقل الملك إلى الورثة فاختراروا القصاص، فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا؟ يخرج على المرهون.

٣ - العبد الموصى بمنفعته إذا قتل عمداً فهل لمالك الرقبة الاقتصاص

بغير إذن مالك المنفعة وهل يضمن أم لا؟ صرّح القاضي بالمنع كالرهن سواء، وهذا يتخرّج على أحد الوجهين: وهو أن حق مالك المنفعة لم يبطل بالقتل، وأمّا على الوجه الآخر: وهو بطلان حقه بالقتل جعلاً للوصية بالمنفعة كالهبة التي لم تقبض فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص فلا شيء عليه.

٤ - إذا جنى على المكاتب فهل للمكاتب أن يقتص بدون إذن سيده؟ ذكر القاضي وابن عقيل الجواز؛ لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه إلى العبد دون سيده ولو كان قنّاً.

٥ - لو قُتِلَ العبد الموصى به لمعين قبل قبول الموصى له فهل للورثة الاقتصاص بدون إذن الموصى له؟ إذا قلنا: هو ملك لهم - الورثة - يتوجه المنع إذا قلنا: إن الجناية أوجبت أحد شيئين - القود أو الدية - فإن فعلوا ضمنوا للموصى له القيمة إذا قبل.

٦ - لو قُتِلَ عبده من مال المضاربة عمداً فإن كان في المال ربح فهما شريكان وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص ولا العفو. هذا ظاهر كلام القاضي وابن عقيل، فلو اقتصر ربّ المال بغير اختيار المضارب توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح إن قلنا: الواجب بالقتل أحد شيئين.

القاعدة الثانية: في العفو عن القصاص، وله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقع العفو عنه إلى الدية وفيه طريقتان. إحداهما: ثبوت الدية على الروایتين وهي طريقة القاضي.

والثانية: بناؤه على الروایتين، فإن قلنا: موجه أحد شيئين ثبتت الدية وإلا لم يثبت شيء بدون تراض منهما وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل وذكرها القاضي أيضاً في المضاربة، فيكون القود باقياً بحاله؛ لأنه لم يرض بإسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له.

الحال الثانية: أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالاً، فإن قلنا: موجه القصاص عيناً فلا شيء له، وإن قلنا: أحد شيئين ثبت المال.

الحال الثالثة: أن يعفو عن القود إلى غير مال مُصرحاً بذلك - كأن يقول

عفوت عن القود والدية - فإن قلنا: الواجب القصاص عيناً فلا مال له في نفس الأمر وقوله هذا لغو، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين سقط القصاص والمال جميعاً، فإن كان ممن لا تبرع له كالمفلس المحجور عليه والمكاتب والمريض فيما زاد على الثلث، والورثة مع استغراق الديون للتركة فوجهان:

**أحدهما:** لا يسقط المال بإسقاطهم وهو المشهور؛ لأن المال وجب بالعفو عن القصاص فلا يمكنهم إسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ.

**الثاني:** يسقط، وفي المحرر أنه المنصوص عليه؛ لأن المال لا يتعين بدون اختياره له أو إسقاط القصاص وحده.

فإن قلنا: إن الواجب القود عيناً لم يكن العفو تفويتاً للمال فلا يوجب ضماناً صرح به القاضي وابن عقيل.

وفرق بعض الأصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو: بأنه إذا اقتص فقد استوفى بدل المال فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما إذا عفى فإنه لم يستوف له بدلاً بل فات عليهما جميعاً، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برئ ولم يلزم الضمان لشريكه بخلاف ما إذا استوفى حقه أو بدله فإنه يضمن لشريكه نصيبه منه.

وإن قلنا: الواجب أحد شيئين فعفا مجاناً ففي الكافي: هو كالعفو عن المال، فإن كان محجوراً عليه لم يصح، وإن كان راهناً ففيه ثلاثة أوجه:

**أحدهما:** لا يصح وهو اختيار صاحب الكافي كما لا يصح عفو المفلس.

**والثاني:** يصح تؤخذ منه القيمة تكون رهناً؛ لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبي الخطاب، وبه جزم صاحب التلخيص.

**والثالث:** يصح بالنسبة إلى الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهناً مكانه، فإذا زال الرهن ردت إلى الجاني وهو قول القاضي وابن عقيل.

وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة في صحة عفو

المفلس والمريض فيما زاد على الثلث، والورثة ونحوهم فيتخرج في الضمان وجهان كالاقتصاص إذا قلنا: الواجب أحد شيئين، ويتخرج على هذا الأصل مسائل:

١ - عفو الراهن عن الجناية على المرهون وقد ذكرنا حكمه مستوفى.

٢ - عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجاناً، فالمشهور: أنا إن قلنا: الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال، وعلى الوجه الآخر الذي قيل إنه المنصوص يصح، وعلى طريقة من حكى الضمان في المرهون، وإن قلنا: الواجب القود عيناً يخرج هاهنا مثله.

٣ - عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس.

٤ - عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه كذلك.

٥ - عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثلث كذلك.

٦ - إذا عفا الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن لمالك المنفعة قيمتها؟ على وجهين حكاهما في الترغيب، والأظهر: تخريجهما على أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالإتلاف أم لا؟ ويتوجه: أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع؛ لأنها ملك للغير إذا قلنا الواجب أحد أمرين.

٧ - إذا قَتَلَ العبدُ الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به؛ لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب، فيتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل إن قلنا: الواجب القصاص عيناً يجب بهذه الجناية مال فلهم العفو ولا سيما على قولنا: إن ملكه قبل القبول لهم، وإن قلنا: أحد أمرين لم يصح عفوهم.

٨ - العفو - من المجني عليه - عن الجاني - إذا كان وارثاً للمجني عليه -

في مرض الموت عن دم العمد إن قلنا: الواجب القود عيناً فهو صحيح، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين فكذاك صرح به القاضي في خلافه في مسألة الوقف على الوارث في المرض، ويتوجه فيه وجه آخر: بوقفه على إجازة الورثة.



**تبيينان:** أحدهما: لو أطلق العفو عن الجاني عمداً، فهل ينتزل عفوهُ على القود والدية أو على القود وحده؟ حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه:

**أحدها:** وذكر أنه المنصوص: أنه ينصرف إليهما جميعاً.

**والثاني:** ينصرف إلى القود وحده، إلا أن يقر العافي بإرادة الدية مع القود.

**والثالث:** يكون عفواً عنهما، إلا أن يقول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه، وفي الترغيب: إن قلنا: الواجب القود وحده سقط ولا دية، وإن قلنا: أحد شيئين انصرف العفو إلى القصاص في أصح الروايتين، والأخرى: يسقطان جميعاً.

**الثاني:** لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه إلى الدية، إن قلنا: الواجب هو القصاص عيناً فله تركه إلى الدية، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما في الترغيب.

**أحدهما:** نعم! وهو قول القاضي وابن عقيل؛ ولأن أكثر ما فيه أنه تعين له القصاص فيجوز له تركه إلى مال كما إذا قلنا هو الواجب عيناً.

**والثاني:** لا، وهو احتمال في الكافي والمحرر؛ لأنه أسقط حقه من الدية باختياره، فلم يكن له الرجوع إليها كما لو عفا عنها وعن القصاص.

**القاعدة الثالثة:** الصلح عن موجب الجناية، فإن قلنا: هو القود وحده فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها؛ إذ الدية غير واجبة بالجناية، وإن قلنا: أحد شيئين فهل يكون الصلح عنها صلحاً عن القود أو المال؟ على وجهين يتفرع عليها مسائل:

١ - هل يصح الصلح على أكثر من الدية من جنسها أم لا؟ قال أبو الخطاب: لا يصح؛ لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة، فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس، وكذلك قال صاحب التلخيص: يصح على غير جنس الدية ولا يصح على جنسها إلا بعد تعيين الجنس من إبل أو بقر أو غنم حذاراً

من ربا النسيئة وربما الفضل، وأطلق الأكثرون جواز الصلح بأكثر من الدية من غير تفصيل. قال في المغني: لا أعلم فيه خلافاً.

٢ - لو صالح عن دم العمد بشقص - بجزء مشاع من عقار - هل يؤخذ بالشفعة أم لا؟ إن قلنا: الواجب القود عيناً فالشقص مأخوذ بعوض غير مالي فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين وهو قول الأكثرين خلافاً لابن حامد.

وإن قلنا: الواجب أحد شيئين فهو مأخوذ بعوض مالي إذ هو عوض عن الدية لتعيينها باختيار الصلح - فتثبت الشفعة -.

٣ - لو قتل عبد عبداً من مال التجارة عمدا فصالح المالك عنه بمال فذكر القاضي في التخريج أنه قال: إن قلنا: الواجب القصاص عيناً لم يصبر المال المصالح به للتجارة - فلا تجب فيه الزكاة - إلا بنية، وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص.

وإن قلنا: أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كضمن المبيع، وعلل بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ.



## القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة

### ضمان العين المتعلقة بها حق لله تعالى أو لآدمي

وتحتها قسمان :

**القسم الأول:** أن تكون العين المتعلقة بها حق لله تعالى أو لآدمي مضمونة فيجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال .

**القسم الثاني:** وإن لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف، ووجب بالإتلاف إن كان لها مستحق موجود وإلا فلا، أمّا الأول فله أمثلة :

١ - الزكاة إذا قلنا تتعلق بالعين على المشهور فإنها لا تسقط بتلف المال ويجب ضمانها .

٢ - الصيد في حق المحرم وفي الحرم مضمون على المالك بالجزاء .  
وأمّا الثاني فله أمثلة كثيرة :

١ - الرهن يضمن بالإتلاف مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه إن كان عبداً ولا يضمن بالتلف .

٢ - العبد الجاني - تتعلق الجناية برقبته - إذا أعتقه سيده فإنه يضمنه وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقاً أو بأقل الأمرين منه ومن قيمته؟ على روايتين ذكرهما القاضي .

ولو قتله المالك لزمه قيمته للمجني عليه ذكره القاضي في خلافه .

وإن قتله أجنبي حكى القاضي في كتاب الروايتين والآمدي روايتين :

إحدهما: يسقط الحق قال القاضي: نقلها منها لفوات محل الجناية .

والثانية: لا يسقط نقلها حرب فيتعلق الحق بقيمته؛ لأنها بدله .

٣ - إذا قتل رجلاً عمداً، ثم قتل القاتل قال أحمد: لهم الدية قيل له :

وإن قتل عمداً قال وإن قتل عمداً، وعَلَّل: بأن الواجب بقتل العمد أحد شيئين وقد فات أحدهما فتعين الآخر.

وهذا يدل على أنه لا يجب شيء إذا قلنا الواجب القَوْد عيناً وهذا يقوى على قولنا إن الدية لا تثبت إلا بالتراضي.

وخرَج الشيخ تقي الدين وجهاً آخر وقواه: أنه تسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال معسراً كان أو موسراً وسواء قلنا الواجب القود عيناً، أو أحد شيئين؛ لأن الدية إنما تجب بإزاء العفو وبعد موت القاتل لا عفو، فيكون موته كموت العبد الجاني.

هذا كله تصريح بالحكم والتعليل وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول؛ لأن الدية في ماله، وخرَج صاحب المغني وجهاً أن المطالبة لقاتل القاتل؛ لأنه لو فوت محل الحق فهو كما لو قتل العبد الجاني.

وللأصحاب وجهان فيما إذا قتل بعض الورثة الجاني حيث لا ينفرد بالاستيفاء<sup>(١)</sup> هل للباقيين حصتهم من الدية في مال الجاني أم على المقتص؟ على وجهين، وعلى الأول يرجع ورثة الجاني على المقتص بما فوق حقه.

ونقل صالح وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلاً فقامت البيعة عند الحاكم فأمر بقتله فعدا بعض ورثة المقتول فقتل الرجل بغير أمر الحاكم، فقال: هذا قد وجب عليه القتل ما للحاكم هاهنا؟! وظاهر هذا أنه لا يلزمه ضمان؛ لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه ولا سيما إن قلنا: الواجب بقتل العمد القَوْد عيناً.

٤ - لو عين أضحية أو هدياً لا عن واجب في الذمة - الواجب في الذمة كالنذر، وفدية الأذى، ونحو ذلك - فإن أتلفه أو تلف بتفريطه فعليه ضمانه بمثله؛ لأن مستحقه موجود وهم المساكين وإن تلف بغير تفريط فلا شيء عليه، وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين فلم يفعل حتى تلف هل يضمه؟ على الروایتين.

(١) بأن يكون له مشارك في استيفاء القصاص؛ كأحد الأبناء.

٥ - لو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نصّ عليه أحمد لعجزه عن المنذور، وإن قتله السيد فهل يلزمه ضمانه على وجهين:

**أحدهما:** لا يلزمه قاله القاضي وأبو الخطاب؛ لأن القصد من العتق تكميل الأحكام والمصرف العبد فإذا فات المصرف لم يبق مستحق للعتق.

**والثاني:** يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمته في الرقاب، وإذا كانت الرقاب مصرفاً فلا وجه لسقوط القيمة عنه، ولو أتلّفه أجنبي فقال أبو الخطاب: لسيد القيمة ولا يلزمه صرفها في العتق، وخرج بعض الأصحاب وجهاً بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل؛ لأن البدل قائم مقام المبدل، ولهذا لو وصّى له بعبد فقتل قبل قبوله فإن قيمته له إذا قبل.



## القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة

### اجتماع الحقوق المقدرة، وغير المقدرة

الحقوق الواجبة من جنس إذا كان بعضها مقدراً بالشرع وبعضها غير مقدّر به، فهي ثلاثة أنواع:

**أحدها:** أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه، حيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد كذوي الفروض مع العصابات في الميراث، فهنا قد يزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدّر؛ لأنه أقوى منه .

**النوع الثاني:** أن يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدّر موكولاً إلى الرأي والاجتهاد من غير تقديره بأصل يرجع إليه، فلا يزداد الحق الذي لم يقدر على المقدّر هاهنا، وله صور:

١ - الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما، إلا فيما سببه الوطء فيجوز أن يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مائة جلدة بدون نفي، وقيل لا يبلغ المائة بل ينقص منه سوطاً وفي حق العبد خمسين إلا سوطاً، ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان، ومن الأصحاب من حكى: أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حدّاً مشروعاً في جنسها، ويجوز أن يزيد على حدّ غير جنسها، قال في المغني: ويحتمله كلام أحمد والخرقي.

وعن أحمد لا يزداد في كل تعزير على عشر جلدات؛ لخبر أبي بردة.

٢ - السهم من الغنيمة والرضخ<sup>(١)</sup> فلا يبلغ بالرضخ لأدمي سهمه المقدّر، ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدّر.

(١) الرضخ: ما يعطاه من ليس من أهل القتال من اللّادميّين والبهائم إذا شهد المعركة من الغنيمة.

**النوع الثالث:** أن يكون أحدهما مقدراً شرعاً والآخر تقديره راجع إلى الاجتهاد لكنه يرجع إلى أصل يضبط به فهل هو كالمقدر أم لا؟  
 إن كان محلها واحداً لم يجاوز به المقدر وفي بلوغه خلاف، وإن كان محلها مختلفاً فالخلاف في بلوغ المقدر ومجاوزته.  
**فالأول:** كالحكومة إذا كانت في محل له مقدر فلا يجاوز بها المقدر، وفي بلوغه وجهان.

**والثاني:** كدية الحر مع قيمة العبد فإذا جاوزت قيمة الدية فهل تجب القيمة بكمالها أم لا يجوز أن يبلغ بها دية الحر بل ينقص منها؟ على روايتين، - والمذهب: لا يجوز أن يبلغ بها دية الحر - وقد يخرج عليهما جواز بلوغ الحكومة الأرض المقدر مطلقاً.



## القاعدة الأربعون بعد المائة

### مضاعفة الغرم على من سقطت عنه العقوبة لوجود مانع

من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضي له لمانع فإنه يتضاعف عليه الغُرمُ، ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - إذا قتل مسلم ذمياً عمداً ضمنه بدية مسلم.

٢ - من سرق من غير حرز فإنه يتضاعف عليه الغُرمُ نصّ عليه، وقيل: يختص ذلك بالشر والكثر.

٣ - الضالة المكتومة تضمن بقيمتها مرتين نصّ عليه أحمد في رواية ابن منصور مُعللاً بأن التضعيف في الضمان هو لدرء القطع، وهذا متوجه على أصله في قطع جاحد العارية.

٤ - لو قلع الأعور عين الصحيح فإنه لا يقتص منه وتلزمه الدية كاملة نصّ عليه.

٥ - الصغير إذا قتل عمداً، وقلنا: إن له عمداً صحيحاً ضوعفت عليه الدية في ماله.

٦ - السرقة عام المجاعة قال القاضي في خلافه: يتضاعف الغرم فيها من غير قطع على قول أحمد؛ لأنه احتج في رواية الأثرم بحديث عمر في رقيق حاطب.

٧ - السرقة من الغنيمة إذا قلنا هي كالغُلُول وإن الغالٍ يحرم سهمه منها على رواية، فيجتمع عليه غُرم ما سرقه مع حرمان سهمه المستحق منها، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر.



وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذي الرحم المحرم عمداً؛ لأن القصاص فيه قد يكون واجباً في قتل غير الابن، وإنما هو لزيادة حرمة الجناية فهو كالتضعيف بالقتل في الحرم والإحرام.



## القاعدة الحادية والأربعون بعد المائة

### إذا أتلَفَ عيناً تعلق بها حق لله تعالى

إذا أتلَفَ عيناً تعلق بها حق لله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفائها إلى مدة معلومة لزمه ضمانها بقيمتها في ذلك الوقت، لا يوم تلفها أو بمثلها على صفاتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين، ويتخرج على ذلك صور:

١ - لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلَفها قبل جفافها، أو تلَفَت بتفريطه ضمنها بقدرها يابساً لا رطباً على الصحيح.  
وعنه: يضمنها بمثلها رطباً.

٢ - لو أتلَف الأضحية أو الهدى فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الإتلاف أو يوم النحر، وفيه وجه: يضمنها بقيمتها يوم التلف قبل يوم النحر بكل حال كما لو كان أجنبياً، وفي الكافي يضمنها: بأكثر الأمرين من قيمتها أو هدي مثلها، قال: ويشترى بالقيمة هدياً ويحتمل أن يتصدق به، ويلتحق بهذه.

٣ - إذا أكل المضحي - جميع أضحيته - أو الهدى مما منع من أكله فإنه يضمنه بمثله لحماً نصّ عليه في رواية ابن منصور، فلا تلزمه الإراقة والتفرقة وقد أتى بأحدهما وبقي الآخر فلزمه ضمانه، ولو أتلَفه غيره فعليه قيمته؛ لأنه تلزمه الإراقة فلزمته القيمة ويشترى بها مثله.



## القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة

### ما زال من الأعيان ثم عاد بأصل الخلقة، أو بصنع آدمي هل يحكم على العائد بحكم الأول أو لا؟

فيه خلاف يطرد في مسائل:

١ - لو قلع سنه أو قطع أذنه فأعاده في الحال فثبت والتحتم كما كان لم يبرح، نصّ أحمد على طهارته، وعلى نجاسته إذا لم يثبت، وحكى القاضي المسألة على روايتين، فإن ذلك كان بجناية جان فالمنصوص عن أحمد: أنه لا قود فيه ولا دية سوى حكومة نقصه، واختاره أبو بكر، وبناء كثير من الأصحاب على القول بطهارته، وقال القاضي: حقه، بحاله فأما إن اقتص من الجاني فأعاده والتحتم فهل للمقتص إبانته ثانياً أم لا؟ نصّ أحمد في رواية ابن منصور على أن له إبانته، وعلل بأن القصاص للشين وقد زال الشين بذلك. وقال القاضي في المجرد: ليس له ذلك.

٢ - لو قلع ظفر آدمي أو سنه أو شعره ثم عاد، أو جنى عليه فأذهب شمه أو بصره ثم عاد بحاله فلا ضمان بحال في المذهب؛ لأن أطراف الآدمي لا تضمن بالإتلاف إذ ليست أموالاً، وإنما يضمن بما نقص الجملة ولم يوجد نقص، ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد صرح به جماعة.

ويتوجه التفريق؛ لأن أعضاء الرقيق أموال ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحرية على وجه لنا، وقد ذكروا في الجارية المغصوبة إذا هزلت عند الغاصب ثم سمت فهل يضمن نقصها؟ على وجهين، والأشبه بكلامه: أنه لا ضمان؛ لأنه نصّ في رواية ابن منصور فيمن كسر خلخالاً لغيره أن عليه إصلاحه، وبينهما فرق فإن إصلاح الخلخال نوع ضمان بخلاف عود السمن، ولكن صرح صاحب التلخيص بأنه لو غصب جداراً فنقضه ثم أعاده فعليه أرش

نقصه، إلا أن هذا بناه على أن الواجب الأرض؛ فالبناء عدوان؛ فلا يسقط به الواجب.

٣ - نبات الحرم إذا قطعه أو قلع غصناً من شجرة منه ثم عاد؛ ففي ضمانه وجهان.

٤ - وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الإحرام ثم نبت؛ فهل يضمنه؟ على وجهين؛ لتعدد ضمان صيد الحرم ونباته، وصيد المحرم بين ضمان الأموال، وبين ضمان الآدميين، والأشبه أن صيد الحرم ونباته ملحق بالآدمي؛ لعصمته بمحله بالنسبة إلى جميع الناس، بخلاف صيد المحرم؛ فإن تحريمه يختص به؛ فهو شبيه بالأموال المملوكة التي تحل لمالكها دون غيره.

٥ - لو أعاره حائطاً لوضع خشبه عليه، فسقط الجدار ثم أعاده؛ فهل له إعادة الوضع أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك بدون إذن؛ لأن الثاني غير الأول، فلم تتناوله الإعارة.

والثاني: له ذلك إن أعاده بآلته العتيقة، وإلا؛ فلا، ولو كان الوضع مستحقاً بعقد صلح؛ فله الوضع بكل حال وجهاً واحداً.

٦ - إذا أجرة داراً، فانهدم جدارها، فأعاده المؤجر؛ فصرح القاضي وابن عقيل: بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد، وفرعاً عليه أنه لا يجبر على التجديد، وحكى وجهاً: بإجباره على التجديد كما يجبر على الترميم، ويتوجه التفريق بين أن تعاد بآلتها العتيقة أو غيرها؛ كما في التي قبلها.

٧ - الجدار المشترك إذا انهدم وأعاده أحد الشريكين؛ فهل يعود حق شريكه فيه؟ إن أعاده بآلة جديدة؛ لم يعد، وإن كان بآلته العتيقة؛ فوجهان سبق ذكرهما.

٨ - لو وصى له بدار فانهدمت فأعادها؛ فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم، ولا يعود بعود البناء؛ لأنه غير الأول، ويتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة.

٩ - إذا انهدمت الكنيسة التي تقرر في دار الإسلام؛ فهل يمكنون من إعادتها؟ على روايتين بناء على أن الإعادة هل هي استدامة أو إنشاء؟ ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة منهدة تقرر؛ فهل يجوز بناؤها؟  
فيه طريقتان: أحدهما: المنع منه مطلقاً، والثاني: بناؤه على الخلاف في بناء المنهدمة.



## القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة

### البدل يقوم مقام المبدل

يقوم البدل مقام المبدل ويبنى حكمه على حكمه في مواضع كثيرة، وقد سبق ذكر بعضها - ومنها - .

١ - إذا مسح على الخف ثم خلعه فإنه يجزئه غسل قدميه على إحدى الروايتين، ولو فاتت الموالاة؛ لأن المسح كمل الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين إلى حين الخلع.

وعلى هذا لو وجد ما يكفي لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر فاستعمله فيها ثم تيمم للباقي، ثم وجد الماء بعد فوات الموالاة لم يلزمه إلا غسل باقي الأعضاء.

٢ - لو افترق المتصارفان، ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وأراد الرد وأخذ بدله في مجلس الرد فهل ينتقض الصرف بذلك أم لا؟ على روايتين.

٣ - إذا حضر الجمعة أربعون رجلاً من أهل وجوبها، ثم تبدلوا في أثناء الخطبة أو الصلاة بمثلهم انعقدت الجمعة وتمت بهم.

٤ - لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه بني على حَوْل الأول على المذهب، ولو أبدله بغير جنسه استأنف إلا في إبدال أحد النقدين بالآخر فإن فيه روايتين، وخرج أبو الخطاب في انتصاره رواية: بالبناء في الإبدال من غير الجنس مطلقاً.

٥ - لو أبدل مصحفاً بمثله جاز نص عليه، بخلاف ما لو باعه بثمان، وإنما أجاز أحمد إبدال المصحف بمثله؛ لأنه لا يدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به بعوض دينوي بخلاف أخذ ثمنه.

٦ - لو أبدل جلود الأضاحي بما ينتفع به في البيت من آلاته جاز نصّ عليه؛ لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه في متاع البيت.

٧ - إبدال الهدى والأضاحي بخير منها جائز نصّ عليه، وكذلك إبدال الوقف إذا خرب، والمسجد إذا باد أهله، وفي إبدال الوقف مع عمارته بخير منه روايتان.

٨ - لو مات رب المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان، وأراد الوارث تقريره وأذن له في التصرف جاز، وهل هو ابتداء عقد أو استدامة؟ على وجهين.

أما إذا مات العامل وأراد المالك تقرير وارثه وكان المال عَرَضاً فهو كالابتداء وجهاً واحداً قاله الأكثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل: بأن رب المال ترك للوارث أصلاً يبني عليه وهو المال، فلذلك صح بناء العقد عليه بخلاف العامل فإنه لم يكن منه سوى العمل وقد زال بموته فلم يخلف لوارثه أصلاً يبني عليه.

٩ - لو كاتبه على عَرَض فأداه فبان معيباً فردّه فهل يستحق - السيد - بدله ولا يرتفع - يبقى - العتق أم يرتفع العتق برده؟ على وجهين، وبناء بعضهم على أن الملك هل يحصل بالقبض أم يقف على الرضى.

١٠ - لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه فهل يعتق المكاتب؟ على وجهين.

١١ - العوض هل يقوم مقام المعوض في البر والحنث أم لا؟ على وجهين.



## القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة

### ما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق

وهي أقسام:

**القسم الأول:** ما كان من حقوقه يجب بموته كالدِّية والقصاص في النفس فلا ريب في أن لهم استيفاءه، وسواء قلنا: إنه ثابت لهم ابتداءً أو منتقل إليهم عن موروثهم، ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقي الدين: إلى أن مطالبته بالقصاص توجب تحتمه، فلا يتمكنون بعدها من العفو.

وما كان واجباً له في حياته إن كان قد طالب به أو هو في يده ثبت لهم إرثه، فمنه:

١ - الشُّفعة إذا طالب بها نصّ عليه أحمد في أكثر الروايات، وتوقف في رواية ابن القاسم وقال: هو موضع نظر.

٢ - حد القذف ونصّ عليه أيضاً، ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الإرث عند القاضي، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطّه: إنما يستوفى للميت بمطالبة به ولا ينتقل، وكذا الشُّفعة فيه فإن ملك الوارث وإن كان طارئاً على البيع إلا أنه مبنّي على ملك موروثه.

٣ - خيار الشرط ونصّ عليه أحمد أيضاً.

٤ - الدم نصّ عليه أحمد في رواية محمد بن موسى والمراد به: ما دون النفس إذا وجب له في حياته ثم مات من غير سرايته بعد طلبه.

٥ - خيار الرجوع في الهبة إذا طالب به ذكره القاضي في خلافه.

٦ - الأرض الخراجية التي بيده؛ لأن هذا حق قد أخذ به وحازه، وكذلك الموات المتحجر، وحقوق الاختصاصات التي تحت يده كلها - كأماكن البيع -.



٧ - حصة المضارب من الربح إذا قلنا لا تملك بالظهور، فإن اشتراطه لها في العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللفظ، وهذا بخلاف الغانم إن سلمناه على قولنا لا يملك حصته بدون التملك فإنه لم يجاهد للغنيمة، وإنما جاهد لإعلاء كلمة الله تعالى، والغنيمة تابعة.

**القسم الثاني:** حقوق التملكات والحقوق التي ليست مالية كالقصاص وخذ القذف، ولم يكن طالب بها، ففيه قولان في المذهب أشهرهما: أنه لا يورث، ويندرج في ذلك صور:

١ - الشُّفعة فلا تورث بدون مطالبتة على المذهب، وله مأخذان أشار إليهما أحمد: أحدهما: أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبتة به، ولو علمت رغبته من غير مطالبتة لكفى في الإرث ذكره القاضي في خلافه.

**الثاني:** أن حقه سقط بتركه وإعراضه، ونقل عنه أبو طالب: إذا مات صاحب الشُّفعة فلولده أن يطلبوا الشُّفعة تورث، وظاهر هذا: أن لهم المطالبة بها بكل حال فإنه صرح ببقاء إرثها في رواية مهنا وغيره، وقد وقع التردد في كلامه في ثبوت الإرث فيها.

٢ - حق الفسخ بخيار الشرط فلا يورث بغير مطالبة نص عليه أيضاً، وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر: بإرثه مطلقاً.

٣ - الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً - كرجوع الوالد في هبته لولده - صرح به القاضي، وظاهر كلام أبي الخطاب تخريب الخلاف فيه.

٤ - حد القذف فلا يورث بدون المطالبة أيضاً نص عليه، وخرج أبو الخطاب فيه وجهاً بالإرث مطلقاً.

٥ - القصاص فيما دون النفس، وظاهر كلام أحمد: أنه يسقط بدون الطلب، وظاهر كلام الأكثرين: أنه يستوفي، وعللوا: بأنه يسقط إلى مال فهو كخيار الرد بالعيب.

٦ - خيار قبول الوصية المنصوص عن أحمد: أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها إليه، وهو اختيار الأكثرين.

وقال الخرقي: يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة الموصى له؛ لأن الوصية لزمّت بموت الموصي فهي كالمملوكة، ونقل صالح عن أبيه: إذا أوصى لقربته أو أهل بيته ثم مات بعضهم بعد الميت وقبل القسمة قد وجبت الوصية لكل من أوصى له إذا كان حيّاً يوم أوصى له.

**القسم الثالث:** حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالأملاك الموروثة فينتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة، بخلاف القسم السابق فإن الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك، ولهذا لا تجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم، ومن صور ذلك:

١ - الرهن فإذا مات وله دين برهن انتقل برهنه إلى الورثة.

٢ - الكفيل وهو كالرهن؛ لأنه توثقة فهو كالشهادة، وعلّله القاضي: بأنه يستوفى منه المال كالرهن، والضابط عنده: أن ما فيه مال ينتقل إلى الورثة وما لا فلا.

٣ - الضمان فإذا مات وله دين به ضامن انتقل إلى الورثة مضموناً بخلاف ما إذا أحال به رب الدين في حياته فإنه ينفسخ الضمان بالحوالة نصّ أحمد عليه في رواية مهناً؛ لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدين فلا ينتقل إليه بحقوقه بخلاف الوارث.

٤ - الأجل فلا يحل الدين المؤجل إذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل في أشهر الروايتين.

٥ - الرد بالعيب وقد تردد القاضي في خلافه هل هو ثابت ابتداءً أو بطريق الإرث؟ والمشهور: أنه إرث؛ لأن الرد إنما يثبت لمن كان العقد له، والخيار الثابت بفوات الصفة المشروطة في العقد مثله.

**القسم الرابع:** الحقوق التي على الموروث، فإن كانت لازمة قام

الوارث مقامه في إيفائها، وإن كانت جائزة فإن بطلت بالموت فلا كلام، وإن لم تبطل فالوارث قائم مقامه في إمضاءها وردّها، ويتخرج على ذلك مسائل:

١ - إذا مات وعليه ديون أو أوصى بوصايا، فللورثة تنفيذها إذا لم يعين وصياً.

٢ - إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كالحج والمنذورات فإن الورثة يفعلونها عنه ويجب عليهم ذلك إن كان له مال وإلا فلا، ولو فعلها عنه أجنبي بدون إذنهم ففي الأجزاء وجهان، وكذلك الكفارات الواجبة بالمال، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها فالوارث يقوم مقامه في الذبح.

تنبيه: كثير من الأصحاب يطلق ذكر الوارث هنا، وقال ابن عقيل وغيره: الأقرب فالأقرب، وكذلك قال الخرقي: هو الوارث من العصبه، فأما الوارث بالشفعة فيدخل فيه العصبات وذوو الفروض والرحم، وأما الوارث لحد القذف فكذلك على المنصوص، وقيل: يختص بالعصبه، وقيل: بمن عدا الزوجين من الورثة.

٣ - إذا مات الراهن قبل إقباض الرهن الذي لا يلزم بدون قبض فوارثه قائم مقامه في اختيار التقبض والامتناع ذكره الأصحاب، وقالوا وهو ظاهر كلام أحمد؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلا يبطل في الموت كالمبيع في مدة الخيار.

٤ - إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض، ففيه وجهان: أحدهما: يقوم وارثه مقامه في ذلك كالرهن - وهو المذهب -.

والثاني: يبطل، وهو المنصوص في رواية ابن منصور واختيار ابن أبي موسى.

وقاله القاضي وابن عقيل في الهبة في الصحة، وأما العطية في المرض إذا مات قبل إقباضها فجعلوا الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية.

## القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة

### المعتدة البائن في حكم الزوجات

فيها مسائل :

١ - أن المبتوتة في مرض الموت تترث في العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين - وهو المذهب -؛ لأن الطلاق مانع من الإرث، فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه ضعف منه فلم يعمل في المنع ما دامت علق الزوجية باقية.

٢ - تحريم نكاح الأخت في عدة أختها البائن، والخامسة في عدة الرابعة تنزيلاً لحالة العدة منزلة حالة النكاح.

٣ - أن العدتين من رجلين لا يتداخلان، فإذا وطئت البائن بشبهة في عدتها أتمت عدة الأول واستأنفت العدة للثاني على المذهب، وإن كان الواطئ بشبهة هو الزوج تداخلت العدتان؛ لأنهما من رجل واحد، إلا أن تحمل من أحد الوطأين ففي التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين.

٤ - لو طلق المدخول بها طلاقاً بائناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول، ففيها طريقان:

أحدهما: أنها على الروايتين في الرجعية إذا روجعت ثم طلقت في العدة قبل الإصابة هل تبني أو تستأنف؟ وهو المذكور في المجرد والفصول والمحرم.

والثاني: تبني هنا رواية واحدة وهو ما في تعليق القاضي وعُمِد الأدلة؛ لانقطاع النكاح الثاني عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية.

٥ - لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت في العدة قبل قسمة ميراثه، فنص أحمد في رواية البرزاطي: على أنها تترث ما لم تنقض عدتها، وعلى

هذا فلو أسلمت المرأة أولاً ثم ماتت في مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر، ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها.

٦ - نفقة البائن فإن كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحمل وإلا فلا، هذا ظاهر المذهب؛ لأن النفقة في مقابلة التمكن من الاستمتاع، ولهذا لم تجب قبل التسليم ولا مع النشوز. وعنه: لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملاً.

وعنه: لها النفقة والسكنى حكاها ابن الزاغوني وغيره مطلقاً، وقيل: هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتجول بإذن الزوج مطلقاً.



## القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة

### الفرق بين المطلقة الرجعية، وبين الزوجات

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في صور:

- ١ - أن في إباحتها في مدة العدة روايتين - والمذهب: أنها مباحة - وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء؟ على وجهين.
- ٢ - طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين.
- ٣ - أن الإيلاء منها: هل يصح؟ على روايتين - والمذهب: صحته - . وهل يصح اختيارها لزوجها إذا عتقت تحت عبد؟ على وجهين.
- ٤ - لو نكحت المطلقة ثلاثاً زوجاً آخر فخلى بها ثم طلقها، وقلنا تجب عليها العدة بالخلوة وثبتت الرجعة، وهو المذهب ثم وطئها في مدة العدة فهل يحلها لزوجها الأول؟ على وجهين، حكاهما صاحب الترغيب.
- ٥ - إذا علقت الرجعية في مدة العدة بولد فهل يلحق بمطلقها أم لا؟ على روايتين.
- ٦ - أن المعتدة من أجنبي من طفلها هل تعود إلى حضانتها في مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضي عدتها؟ على وجهين - والمذهب: تعود حضانتها بمجرد الطلاق - .
- ٧ - لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل إلى عدة الوفاة أو تعتد بأطولهما؟ على روايتين - والمذهب: تستأنف عدة الوفاة - .
- ٨ - أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالمتوفى عنها نص عليه أحمد في رواية أبي داود - وهو المذهب - وقيل: هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتجول بإذن الزوج مطلقاً.

## القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة

### أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع

١ - الميراث، والدية، والعقيقة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة.

٢ - الشهادة والعتق، فيعدل عتق امرأتين بعتق رجل في الفكك من النار، كما دل عليه الحديث، وحكى ابن أبي موسى في المسألة روايتين: إحداهما: كذلك.

والثانية: وجعلها المذهب: أن عتق العبد والأمة في ذلك سواء.

٣ - عطية الأولاد في الحياة، فإن المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن عقيل.

٤ - الصلاة فإن المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض، وأكثر الحيض على ظاهر المذهب: خمسة عشر يوماً، وهو نصف الشهر.



### القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة

من أدلى بوارث وقام مقامه في استحقاق إرثه سقط به،  
وإن أدلى به ولم يرث ميراثه لم يسقط به

ويتخرج على ذلك مسألتان:

إحدهما: ولد الأم يدلون بالأم ويرثون معها؛ لأنهم يرثون بالأخوة لا  
بالأمومة.

والثانية: الجدة أم الأب ترث مع ابنها الأب على ظاهر المذهب؛ لأنها  
ترث ميراث جدة لا ميراث جد.





## القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة

## الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين في أحكام

١ - من له وارث معين ليس له أن يُوصي بأكثر من ثلثه، ومن لا وارث له من ذي فرض ولا عصبه ولا رحم هل له أن يوصي بماله كله أم لا؟ على روايتين، فمن الأصحاب من بناهما على هذه القاعدة، ومنهم من بناهما على أن بيت المال هل هو عصبه وارث أم لا؟ ويتعلق بهذا إذا أقر الإمام بنسب من لا يعلم له وارث معين، قال القاضي وابن عقيل: يثبت نسبه - ويأخذ المال -؛ لأن المال للمسلمين والإمام نائبهم، وهذا كأنه تفريع على القول بتوريث بيت المال، ويتوجه مثل ذلك في إجازة الإمام وصية من وصى بكل ماله، وقلنا: لا يجوز له الزيادة على الثلث.

٢ - الأموال التي يجهل ربها يجوز التصديق بها بخلاف ما علم ربها، وقد سبق من ذلك صور عديدة.

٣ - إذا مات من لا وارث له وله دين مؤجل فهل يحل؟ قال القاضي وابن عقيل وصاحب المغني: يحل؛ لأن الأجل يستحقه الوارث وقد عدم هنا، وذكر القاضي في خلافه: احتمالين؛ لأن له وارثاً لكنه غير معين.

٤ - إذا مات المستأجر ولا وارث له هل تنفسخ الإجارة أم لا؟ - فعن الإمام أحمد أنها تنفسخ -؛ لأنه تعذر انتفاعه في بقية المدة، وليس له وارث يستوفي المنفعة، فانفسخت الإجارة بذلك.

٥ - وصرح الأصحاب بأن الإمام يأخذ بالشفعة إذا مات من لا وارث له بعد المطالبة بها.

٦ - وفي عُمَد الأدلة لابن عقيل: أن حد القذف كذلك في قياس المذهب.

٧ - أن المال المستحق لغير معين كالزكاة لا يقف أداؤه على مطالبتهم، ولا على مطالبة وكيلهم وهو الإمام، ولهذا لا تسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الأداء بخلاف المستحق لمعين فإنه لا يجب الأداء إليه بدون مطالبة.



## القاعدة الخمسون بعد المائة

## اعتبار الأسباب في عقود التمليكات

تعتبر الأسباب في عقود التمليكات كما يعتبر في الأيمان، ويتخرج على هذا مسائل متعددة:

١ - مسائل العينة - فإن سببها الحصول على النقد فتمنع؛ لأن حقيقتها بيع نقد بنقد متفاضلاً - .

٢ - هدية المقترض قبل الوفاء فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة؛ - لأن سببها نفع المقرض، وتأخير المطالبة، وكل قرض جرّ منفعة فهو رباً - .

٣ - هدية المشركين لأمر الجيـش فإنه لا يختص بها على المذهب بل هي غنـيمة أو فيء على اختلاف الأصحاب؛ - لأن سببها الخوف، والخوف من كل الجيـش، وليس من الأمير وحده - .

٤ - هدايا العمال قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدى للأمير فيعطى منها الرجل قال: هذا الغلول، ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته .

٥ - هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك، فإن سببها طلب استدامة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيها نصّ عليه أحمد في رواية عبد الله .

٦ - الهدية لمن يشفع له شفاعـة عند سلطان ونحوه فلا يجوز. ذكره القاضي، وأوماً إليه أحمد لأنها كالأجرة، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها، وفيه حديث صريح في السنن .

ونصّ أحمد في رواية صالح فيمن عنده ودیعة فأداها فأهديت له هدية: أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة، وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة .

٧ - ما نص عليه أحمد في رواية ابن ماهان: فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب.. فالزيادة لصاحب اللحم؛ لأنها أخذت بسبب العقد فجعلها تابعة للعقد في الرد؛ لأنها مأخوذة بسببه، وإن كانت غير لاحقة به. وخرج ابن عقيل منها رواية: بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد ولا حاجة إلى ذلك.

٨ - ما حكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما، فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها تراضاً، وإن كان أهدى هدية يردونها عليه. قال القاضي في الجامع: لأن شاهد الحال يدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع بها كالهبة بشرط الثواب. انتهى، وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر، وكذلك الفرقة الاختيارية المسقطه للمهر، فأما الفسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية.

فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل: أن فسخ البيع بإقالة ونحوها يقف على التراضي فلا يرد الأجرة، وإن فسخ بخيار أو عيب ردت؛ لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه، وقياسه في النكاح: أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو لعب ردت، وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد.



## القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة

## دلالة الأحوال تختلف بها دلالة الأقوال

دلالة الأحوال تختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها، ويترتب عليها الأحكام بمجردها، ويتخرج عليه مسائل:

١ - كنايات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى إرادة غير الطلاق بها.

٢ - كنايات القذف وحكمها كذلك على الصحيح، حتى إن ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح.

٣ - لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر، ثم ادّعى أنه كان مُكرهاً فالقول قوله؛ لأن الأسر دليل الإكراه والتقية.

٤ - لو أتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء أو الحكاية وقال لم أرد الإسلام مع دلالة الحال على صدقه، فهل يقبل منه؟ على روايتين - والمذهب: لا يقبل منه - ويتخرج عليهما لو أقر بمال في هذه الحال، وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به.

٥ - لو أقر المحبوس أو المضروب عدواناً ثم ادّعى الإكراه قبل قوله نصّ عليه، ولو أحضر إلى سلطان فأقر ثم ادّعى أنه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل، نصّ عليه أيضاً. ويتخرج قبوله إذا ظهرت منه أمانة ذلك من تلججه في الكلام ورعده ونحوها.

٦ - لو دخل حربي إلينا ومعه سلاح فادّعى أنه جاء مستأمناً لم يُقبل قوله، وإن لم يكن معه سلاح قُبِلَ نصّ عليه، وكذلك لو جاء بعض عسكرينا بحربي وادّعى أنه أسره وقال: بل أمني، ففيه روايتان. وثالثها: أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضغفه أو قوته.

٧ - لو جاء المكاتب سيده بتمام كتابته فقبضها السيد ثم قال له أنت حرٌ ثم بان المال مستحقاً، وقال السيد: إنما أردت الإخبار بعقته بالأداء ولم أرد تنجيز عتقه فالقول قوله ذكره القاضي وابن عقيل، . . . . وأفتى ابن عقيل: فيمن قيل له قد زنت زوجتك فقال: هي طالق، ثم تبين له أنها لم تكن زنت أنها لا تطلق، وجعل السبب كالشرط اللفظي أولى، وهذا هو قول عطاء بن أبي رباح.

٨ - لو سرق عيناً وادعى أنها ملكه ففي قطعه روايتان. ثالثها: إن كان معروفاً بالسرقة قطع وإلا فلا صححها صاحب الترغيب.

٩ - لو دفع ثوبه إلى من يخيظه أو يُقَصِّرُه، أو ركب سفينته وهو معروف بأخذ الأجرة على ذلك استحق الأجرة.

١٠ - الهبة التي يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط، نقل حنبل عن أحمد: ما يدل على وجوب إثباته، والمشهور: خلافه.

١١ - لو وجد لقيط وبقره مال ظاهر أو مدفون طرياً فإنه يحكم له به، وكذلك ما يكون بالقرب من الإنسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه، ذكره ابن عقيل، قال: كذلك رزمة الثياب وحزمة الحطب يحكم بها للواقف بقربها؛ لأن ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة فكأنها على رأسه. انتهى، وينبغي تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله.

١٢ - لو تنازع الزوجان في متاع البيت فما صلح للرجل فهو للرجل، وما صلح للنساء فهو للمرأة، وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما، أو نازع رب الدار خياطاً فيها إبرة أو مقص، أو تنازع المؤجر والمستأجر في رفٍّ مقلوع أو مصراع له شكل منصوب، ومن هذا الباب اللوث في القسامة والقضاء بمعاقد القمط<sup>(١)</sup> وهو رواية حكاه ابن أبي موسى، وإلحاق النسب بالقافة.

(١) ولا ترجح الدعوى أيضاً بمعاقد القمط في الخص؛ أي: عقد الخيوط التي تشد الخص وهو بيت يعمل من خشب وقصب؛ لأن وجوه الأجر، ومعاقد القمط إذا كانا شريكين في الجدار أو الخص لا بد أن تكون إلى أحدهما؛ إذ لا يمكن أن تكون إليها جميعاً فبطلت دلالتها. [كشف القناع ١١٥/٦].

١٣ - لو ادّعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه باقة بقل وحملها بيده لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضي في خلافه، وإن أطلق الدعوى عليه ففي سماعها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان لاحتمال معاملته بوكيله.

١٤ - لو اختلف الزوجان في قدر المهر، فالقول قول من يدعي مهر المثل على إحدى الروايتين.



## القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة

### المحرمات في النكاح أربعة أنواع

**النوع الأول:** المحرمات بالنسب، وضابط ذلك: أنه يحرم على الإنسان أصوله وفروعه، وفروع أصله الأدنى وإن سفلن، وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن فدخل في أصوله: أمّه وأمّ أمّه وأمّ أبيه وإن علون، ودخل في فروعه: بنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن نزلن، ودخل في فرع أصله الأدنى: أخواته من الأبوين أو من أحدهما، وبناتهن، وبنات الإخوة وأولادهم وإن سفلن، ودخل في فروع أصوله البعيدة: العمات، والخالات، وعمات الأبوين وخالاتهما وإن علون، فلم يبق من الأقارب حلالاً سوى فروع أصوله البعيدة، وهن بنات العم وبنات العمات، وبنات الخال وبنات الخالات.

**النوع الثاني:** المحرمات بالصهر، وهن أقارب الزوجين وكلهن حلال إلا أربعة أصناف، حلائل الآباء، والأبناء، وأمّهات النساء، وبنات النساء المدخول بهن، فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه فيحرم على الرجل أمّ امرأته وأمّ أمها، وأبيها وإن علت. ويحرم عليه: بنت امرأته وهي الربيبة، وبنت بنتها وإن سفلت، وتحرم بنت الربيب أيضاً نصّ عليه في رواية صالح، وذكر الشيخ تقي الدين: أنه لا يعلم فيه نزاعاً، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وإن علا، وامرأة ابنه وإن سفل.

**النوع الثالث:** المحرمات بالجمع، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت إحداهما ذكراً لم يجز له التزوج بالأخرى لأجل النسب دون الصهر، فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وإن علت ولا بينها وبين خالتها وإن علت، ولا بين الأختين ولا بين البنت وأمها وإن علت، وإنما قلنا لأجل النسب دون الصهر: ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل



وابنته من غيرها فإنه مباح إذ لا محرمية بينهما يخشى عليها القطيعة، لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع فإنه يحرم الجمع بينهما نص عليه في رواية الأثرم وحرب، وتوقف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزوجة بالمحرمة من الرضاع ظاهراً، فدل أن تحريم الرضاع لا يساوي تحريم النسب من جميع الوجوه، والله أعلم.

**النوع الرابع:** المحرمات بالرضاع، فيحرم به ما يحرم من النسب في الأنواع الثلاثة المتقدمة، واختار الشيخ تقي الدين: أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع، ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنته من الرضاع.

وليس على هذا الضابط إيراد صحيح سوى المرتضعة بلبن الزنا، والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله: أنها محرمة كالبنت من الزنا فلا إيراد إذاً - والله أعلم -.



## القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة

### دخول ولد الولد في مسمى الولد عند الإطلاق

ولد الولد هل يدخل في مسمى الولد عند الإطلاق، هذا ثلاثة أنواع:  
أحدها: أن يدخل في مسماه مطلقاً مع وجود الولد وعدمه، وذلك في  
صور:

- ١ - المحرمات في النكاح كالبنيات وحلائل الأبناء.
- ٢ - امتناع القصاص بين الأب وولده.
- ٣ - امتناع قطعه في السرقة من مال ولده.
- ٤ - رد شهادة الوالد لولده.
- ٥ - وجوب إعفاف الولد على والده.
- ٦ - جرّ الولاء، فإذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقان فعتق جده انتقل الولاء إلى موالي الجد، سواء كان الأب موجوداً أو لم يكن في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: إن كان الأب مفقوداً جرّ الجد الولاء إلى مواليه، وإن كان موجوداً لم يجره بحال، وفي الثالثة: لا يجره الجد بحال فيختص جرّ الولاء بعتق الأب.
- ٧ - الوقف على الولد فيدخل فيه ولد الولد نصّ عليه أحمد في رواية المروزي، وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك أو لا يدخلون إلا بعدهم على الترتيب؟ على وجهين للأصحاب، وعلى الترتيب فهل هو ترتيب بطن على بطن، فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الأولاد، أو ترتيب فرد على فرد فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده؟ على وجهين:  
والثاني هو منصوص أحمد - والأول هو الذهب -.
- ٨ - الوصية لولده، وقد جعل الأصحاب حكمها حكم الوقف، وأشار

الشيخ تقي الدين إلى دخولهم في الوقف دون الوصية؛ لأن الوقف يتأبد فيستحقه ولده طبقة بعد طبقة، والوصية تمليك للموجودين فيختص بالطبقة العليا الموجودة، وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصية فإنما هو في ولد البنين فأما ولد البنات ففيه وجهان للأصحاب، ونص أحمد في رواية المروزي: على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد، فمن الأصحاب من قال لا يدخلون في مطلق الولد إذا وقع الاقتصار عليه، ويدخلون في مسمى ولد الولد؛ لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة، وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي، ومال إليها صاحب المغني.

٩ - المنع من دفع الزكاة إلى الولد ويدخل فيه ولد الولد، وسواء في ذلك ولد الذكور والإناث على المنصوص عن أحمد؛ لأن ولد البنت قد ثبت له حكم الولد في موضع فيثبت له حكم المنع من الزكاة، بخلاف الوقف والوصية فإن المراعى فيهما صدق الاسم وثبوتة في العرف لا جريان الحكم، والله أعلم.

**النوع الثاني:** ما يدخل فيه عند عدم الولد لا مع وجوده وذلك في صور:

الميراث فيرث ولد الولد جدهم مع فقد أبيهم كما يرثون آباءهم، ولكن لا يرثهم الجد مع فقد الأب كما يرث الأب على ظاهر المذهب. وفيه وجه آخر: أنه يرثهم كأب مطلقاً بحيث يحجب الإخوة كلهم، اختاره ابن بطة وأبو حفص البرمكي والشيخ تقي الدين.

٢ - ولاية النكاح؛ فيلي الجد فيها بعد الأب مقدماً على الابن على قول الخرقى والقاضي، لكن لا يقوم مقام الأب في الإيجابار على المذهب، وحكى ابن الزاغوني رواية: أنه يقوم مقامه في الإيجابار.

٣ - ولاية الصلاة على الجنازة فيلي الجد بعد الأب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً.

٤ - الحضانة فإن الجد أولى رجالها بها بعد الأب.

النوع الثالث: ما لا يدخل فيه في مسمى الولد بحال وذلك في صور

كثيرة:

- ١ - الرجوع في الهبة.
- ٢ - الأخذ من مال الولد لغير حاجة.
- ٣ - ولاية المال وفيه رواية.
- ٤ - الاستئذان في الجهاد.
- ٥ - الاستتباع في الإسلام.
- ٦ - الانفراد بالنفقة مع عدم وجود وارث غيره موسراً، فإن كان الوارث الذي معه معسراً فالمعروف: أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة، هل يلزمه كمال النفقة أو بقدر إرثه؟ على روايتين أصحهما: لا يلزمه أكثر من مقدار إرثه منه، وفي الإقناع لابن الزاغوني: أن هذا الخلاف في الجد والجدة خاصة، وأن سائر الأقارب لا يلزم الغني النفقة إلا بالحصّة بغير خلاف.



## القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة

## خروج البُضع من الزوج هل هو متقوم أم لا؟

بمعنى هل يلزم المخرج له قهراً ضمانه للزوج بالمهر؟ فيه قولان في المذهب ويذكران روايتان عن أحمد، وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون: ليس بمتقوم، وخصّوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة، فقالوا: لا تضمن للزوج شيئاً بغير خلاف.

واختار الشيخ تقي الدين: أنه متقومٌ على الزوجة وغيرها، وحكاه قولاً في المذهب، ويتخرج على ذلك مسائله:

١ - لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع - كما لو أرضعت أخته زوجته الصغيرة - أو غيره فإنه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الأجنبي وحده.

وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وطئ الأب أو الابن زوجته<sup>(١)</sup> قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا؟ على وجهين مذكورين في المغني وغيره وهما متزنان على أن البضع هل هو متقوم أم لا؟ إذ لا غُرم هنا على الزوج.

ونقل مهناً عن أحمد: في رجل تزوج امرأة فبعثوا إليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعاً، قال فقلت له: ما عليه؟ فقال: عليه لهذه المهر بما استحلت من فرجها. قلت وللأخرى ما عليه؟ قال: لها نصف الصداق، قلت يرجع بالنصف الذي غرم لابنتها؟ قال: لا، وإنما لم يرجع هنا عنده؛ لأن فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه، ويخرج فيه وجه آخر: أنه يرجع بما غرمه على من غرّه.

(١) إذا وطئ الأب زوجة ابنه قبل الدخول، أو بالعكس حرمت على التأيد.

وأما إن كان الإفساد بعد الدخول بإرضاع أو غيره ففيه وجهان:

**أحدهما:** أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم، وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هنا أولى؛ لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلّس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب، وهنا الفسخ بسبب الأجنبي فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى، إذ الزوج يجب تمكنه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن ما يستحقه مقدراً<sup>(١)</sup> بخلاف منفعة الإجارة فإنها تنقسط على المدة، مع أن الإجارة تسقطها الأجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله.

**والوجه الثاني:** أنه لا ضمان على المفسد بحال؛ لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم، وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين.

وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره، فقال الأصحاب: لا ضمان عليها بغير خلاف؛ لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض، واختار الشيخ تقي الدين: أن عليها الضمان وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي، وكما قال الأصحاب في الغارة إنه لا مهر لها، وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض: بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر، فلم يخل العقد من عوض، كما يجب على البائع ضمان ما تعلق به حق توفية بإتلافه<sup>(٢)</sup> قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن، والله أعلم.

٢ - شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فإنهم يغرمون نصف المهر،

(١) حق الزوج من الاستمتاع، الأصل أنه غير مقدر، وقد يقدر الوطء إذا كانت كثرته تضر المرأة.

(٢) كما إذا بيع بكيل، أو وزن، أو عد، أو ذرع.

وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئاً؟ على روايتين، مأخذهما تقويم البُضع وعدمه، وعلى التغريم يغرمون المهر المسمى وقيل: مهر المثل.

٣ - امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة، ثم قدم زوجها المفقود فإنه يخير بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها؛ أعني: الأول؛ لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين، وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاه الثاني، وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة؟ على روايتين: أحدهما: يرجع به عليها؛ لأن الفرقة جاءت منها فيستقر الضمان عليها. والثانية: لا يرجع به؛ لأن المرأة استحقته بالإصابة فلا يجوز أخذه منها.

٤ - إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني، وقلنا على رواية: إن الثاني أحق بها، فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا؟ على وجهين، واختار القاضي الضمان؛ لأن خروج البُضع متقومٌ.

٥ - إذا أسلمت امرأة من أهل دار الحرب وهاجرت إلينا ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الإسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه؟ على روايتين حكاهما ابن أبي موسى، وظاهر القرآن: يدل على وجوبه، لكن أكثر الأصحاب على عدم الوجوب؛ لأن الآية نزلت في قصة صلح الحديبية وكان الصلح قد وقع على رد النساء - إلى المشركين - قبل تحريره... وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن؛ لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة، ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين: منع أن يكون رد النساء مشروطاً في صلح الحديبية ومنع عدم جواز شرط رد المهر، لا سيما إذا كان مشروطاً من الطرفين.

٦ - خلع المسلم زوجته بمحرم يعلمان تحريمه كخمر أو خنزير، قال

الأصحاب: هو كالحُلْع الخالي عن العوض، فإذا صححناه لم يلزم الزوج شيء، بخلاف النكاح على ذلك، وعند الشيخ تقي الدين: يرجع إلى المهر كالنكاح.

٧ - مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشيء من مالها، فالمذهب: أنه غير جائز وأن الضمان على الأب نصّ عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم، وخرج بعض المتأخرين وجهاً: بجوازه بأن خروج البضع متقومٌ فما بذل مالها إلا فيما له قيمة فلا يكون تبرعاً.

وذكره صاحب المغني احتمالاً في ولي الصغيرة والسفيهة والمجنونة: مطلقاً إذا رأى الحظ في ذلك، وكذلك أشار إليه ابن عقيل في الفصول.

٨ - إذا قال لزوجته أنت طالق بألف فلم تقبل طلقت رجعيّاً ولم يلزمها شيء نص عليه أحمد - رحمه الله تعالى - في رواية مهتّا، ولو قال لعبدته أنت حرّ بألف فلم يقبل لم يعتق عند الأصحاب، والفرق بينهما: أن خروج البضع غير متقوم بخلاف العبد فإنه مال محض، وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً: أنه يعتق العبد بغير شيء كما في الطلاق؛ لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى وليس العوض بركن فيهما إذا لم يعلقهما عليه، بل أوقعهما منجزاً وشرط فيهما العوض، فإذا لم يلتزما العوض لغى ووقع الطلاق والعتق؛ لما فيهما من الحق لله تعالى الذي لا يمكن إبطاله.





## القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة

### ما يتقرر به المهر للمرأة

- أي: ما يستقر به، ولا يكون عرضة للسقوط -.

يتقرر المهر كله للمرأة بأحد ثلاثة أشياء:

**الأول:** الوطاء فيتقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته كاللمس بشهوة والنظر إلى الفرج أو إلى جسدها وهي عارية، فمن الأصحاب من ألحقه بالوطء وجعله مقررًا روايةً واحدةً - وهو المذهب -؛ لأنه أكد من الخلوة المجردة، ومنهم من خرج على وجهين، والمنصوص عن أحمد: في رواية مهتًا: أنه إذا تعدد النظر إليها وهي عريانة تغتسل وجب لها المهر.

**والثاني:** الخلوة ممن يمكنه الوطاء بمثله، فإن كان ثم مانع إمّا حسي كالجب والرتق أو شرعي كالإحرام والحيض، فهل يقرر المهر؟ على روايتين - والمذهب: أنه يقرر المهر -.

وإنما قررت لأحد أمرين إمّا لإجماع الصحابة وهو حجة، أو؛ لأن طلاقها بعد الخلوة بها وردّها زهداً فيها، ففيه ابتذال وكسر لها، فوجب جبره بالمهر، وقيل: بل المقرر هو استباحة ما لا يستباح إلا بالنكاح من المرأة فدخل في ذلك الخلوة واللمس بمجردهما؛ لأن ذلك كله معقود عليه في النكاح، والمهر يستقر بنيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حرب، قيل له: فإن أخذها وعندها نسوة فمسها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخلو بها؟ قال: إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره فعليه المهر. وعلى هذا فقال الشيخ تقي الدين: يتوجه أن يستقر المهر بالخلوة وإن منعه الوطاء، بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب.

المقرر الثالث: الموت قبل الدخول وقبل الفرقة، وإن طلقها في المرض ثم مات فيه فهل يستقر لها المهر؟ على روايتين بناء على توريثها منه وعدمه.

المقرر الرابع: إذهاب عذرتها بدفعها، على رواية خرّجها صاحب المغني وقد سبقت.



## القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة

### ما ينتصف به المهر قبل استقراره، وما يسقط به

الفرقة قبل الدخول أقسام:

**القسم الأول:** ما استقل به الزوج تنصف بها المهر المسمى، وله صور:

١ - طلاقه سواء كان منجزاً أو معلقاً بصفة، وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن، كذا ذكره الأصحاب.

قالوا: لأن السبب كان منه وهو الطلاق. وقال الشيخ تقي الدين: إن كانت الصفة من فعلها الذي لها منه بد فلا مهر لها، ويشهد لذلك مسألة التخيير، والمنصوص عن أحمد رحمته الله: أنه لا مهر للمخيرة.

٢ - خلعه، نصّ عليه أحمد في رواية مهنا: أنه يوجب نصف المهر، وعلمه القاضي: بأن الخلع يستقل به الزوج؛ لأنه يصح مع الأجنبي بدون رضى المرأة فلذلك نسب إليه.

وفيه وجه آخر: أنه يسقط به المهر، فمن الأصحاب من خرجه على أنه فسخ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج، ومنهم من جعله مما يشترك فيه الزوجان؛ لأنه إنما يكون بسؤال المرأة فتكون الفرقة فيه من قبلها، فأما إن وقع مع الأجنبي وصححناه فينبغي أن ينتصف به المهر وجهاً واحداً.

٣ - إسلامه والزوجة غير كتابية في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: يسقط المهر؛ لأنه فعل الواجب عليه، وإنما وقعت الفرقة بامتناعها من الإسلام فلا يكون لها مهر.

٤ - رده عن الإسلام.

٥ - إقراره بالنسب أو بالرضاع أو غير ذلك من المفسدات فيقبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف.

٦ - أن يطأ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زناً فينسخ نكاح البنت، ويجب لها نصف الصداق نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ.

ويستثنى من هذا القسم: الفسوخ التي يملكها الزوج لضرر يلحقه إما لظهور عيب في الزوجة، أو فوات شرط فيسقط بها المهر؛ لأن حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه تراد العوضين من الجانبين وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه، وإنما استحققت نصف المهر في الطلاق وما كان في معناه جبراً لها حيث لم يكن له موجب من جهتها، وهنا قد وجد سبب من جهتها فصار كالمنسوب إليها.

**القسم الثاني:** ما استقل به الأجنبي وحده تنصف بها المهر المسمى، ومن صور ذلك:

١ - أن ترضع زوجته الكبرى زوجته الصغرى.

٢ - أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول.

**القسم الثالث:** ما استقلت به الزوجة وحدها سقط بها المهر، وله صور:

١ - ردتها.

٢ - إسلامها، فيه رواية أخرى: أن لها نصف المهر؛ لأنها فعلت الواجب عليها فنسب الفسخ إلى امتناع الزوج من الإسلام.

٣ - إرضاعها ممن يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج، وكذلك ارتضاعها بنفسها وهي صغيرة.

٤ - فسخها النكاح لعيب الزوج، قال الأصحاب: هو منسوب إليها فيسقط به مهرها بخلاف فسخ الزوج لعييبها، فإنه منسوب إليها لا إليه فسقط المهر أيضاً لذلك، ونقل مهناً عن أحمد في محبوب تزوج امرأة فلما دخل عليها لم ترض به: لها ذلك وعليه نصف الصداق إذا لم ترض به. قال الشيخ تقي الدين: هذا يدل على أن المرأة إذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق؛ لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته وهي معذورة في الفسخ، وأما القاضي فقال: قد وجد الدخول وإنما لم يقرر المهر كله للمانع القائم به.

٥ - فسخها النكاح لإعسار الزوج بالمهر أو النفقة أو غير ذلك كالفسخ لفوات شرط صحيح، قال الأكثرون: هو منسوب إليها فيسقط به مهرها كما في الفسخ لعب الزوج، وقال أبو بكر في التنبيه: فسخها لفوات الشرط يجب لها به نصف المهر؛ لأن فوات الشرط من قبل الزوج فنسب الفسخ به إليه دونها، وقياسه الفسخ لمنع النفقة ونحوه مما هو من فعل الزوج وهو قادر على إزالته، وأمّا الفسخ لعسرته فهو كالفسخ لعيبه على ما تقدم.

٦ - فسخ المعتقة تحت عبد قبل الدخول، وفيه روايتان:

أحدهما: لا مهر لها اختارها الخرقى وغيره لاستقلالها بالفسخ كالحرّة.

والثانية: ينتصف المهر نقلها مهناً واختارها أبو بكر؛ لأن السيد هو مستحق المهر فلا يسقط بفسخ غيره، ويجاب عنه: بأن إعتاق السيد تسبب في الفسخ فسقط حقه لتسببه في سقوطه، وإن باشره غيره، كمن قال لغيره: ألق متاعي في البحر ففعل.

القسم الرابع: ما اشترك فيه الزوجان، وله صور:

١ - لعأنهما، فذكر أبو بكر: أن فرقة اللّعان جاءت من جهة الزوجة؛ لأن الفرقة إنما تقع بلعانها، وقال القاضي: يخرج على روايتين أصلهما إذا لاعنها في مرض موته فهل ترثه؟ على روايتين.

٢ - تخالعهما، وقد سبق أن المنصوص عن أحمد: أن لها نصف الصداق وهو قول القاضي وأصحابه، ولنا فيه وجه آخر: أنه يسقط المهر كله إذا قلنا: هو فسخ فإنه يكون منسوباً إليهما، فيكون كالتلاعن.

ويتخرج لنا وجه آخر: أنه يسقط به المهر، وإن قلنا: هو طلاق بناء على أنه جاء من قبلها بسؤالها، ولهذا كان لنا فيمن خالعت زوجها في مرضه هل ترثه؟ روايتان، وجزم ابن أبي موسى أنها لا ترثه؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها فلا يكون لها شيء من الصداق حينئذٍ، يؤيد هذا: أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين عن أحمد، ونصف المهر من الحقوق فيسقط على هذه الرواية - والمذهب: لا يسقطها -.

القسم الخامس: ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي، وله صور:

١ - شراؤها للزوج، وفيه وجهان: أشهرهما: أنه ينتصف بها المهر تغليبا لجهة الأجنبي هنا وهو البائع إذ هو أصل العقد.

والثاني: يسقط المهر تغليبا؛ لجهة الزوجة إذ الانفساخ متعقب لقبولها.

٢ - فأما شراء الزوج لزوجته فهل ينتصف به المهر أو يسقط؟ على وجهين أيضاً، واختار أبو بكر: أنه يسقط تغليبا لجهة البائع هنا أيضاً وهو سيد الأمة المستحق لمهرها فهو كمجئ الفسخ من الحرية المستحقة المهر.

٣ - إذا مكنت الزوجة من نفسها من يفسخ النكاح بوطئه كأبي الزوج أو ابنه، فقال القاضي ومن تبعه: يسقط مهرها إسناداً للفسخ إليها، وقال الشيخ تقي الدين: يتخرج على وجهين؛ لأن الفرقة منها ومن أجنبي.

وبقي هنا قسم سادس: وهو الفرقة الإجبارية، ولها صور:

١ - أن يسلم الكافر وتحتته عدد لا يجوز جمعه في الإسلام فينفسخ نكاح العدد الزائد فلا يجب لهن شيء من المهر ذكره القاضي معللاً بأنه ممنوع من إمساكهن فهو كالنكاح الفاسد، وجزم به صاحب المغني والمحزر، ويتخرج لنا وجه آخر: أنه يجب نصف المهر من المسألة التي بعدها، وأما الطلاق في النكاح الفاسد فذكر ابن عقيل وجهاً: أن المهر ينتصف به قبل الدخول، وعلى المشهور فإنما سقط؛ لأن المهر يجب في النكاح الفاسد بالإصابة لا بالعقد بخلاف الصحيح.

٢ - إذا تزوج أختين في عقدين وأشكل السابق وأمرناه بالطلاق فطلقهما، فقال أبو بكر: يتوجه في المهر قولان: أحدهما: يجب نصف المهر ثم يقترعان عليه فمن وقعت لها القرعة حكم لها به؛ لأنه واجب عليه لأحدهما في نفس الأمر فتعين بالقرعة، والثاني: لا يجب شيء به لأنه مكره على الطلاق فكأن الفسخ جاء من جهة المرأة فلا تستحق شيئاً، والمنقول عن أحمد: ما يدل على أنهما يقتسمان نصف المهر لا يقترعان عليه.

٣ - ولو زوج الوليان امرأة من زوجين وجهل السابق منهما وأمرناهما

بالطلاق فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة أم لا يجب لها شيء؟ على وجهين، وحكي عن أبي بكر: أنه اختار أنه لا شيء لها، وبه أفتى أبو علي النجاد، قال الشيخ تقي الدين: ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا ورثت المرأة زوجها فإن الفرقة هاهنا بفعل الله ﷻ فهو كاشتباه الزوج.



## القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة

### تغير حال المعتدة

إذا تغير حال المرأة التي في العدة بانتقالها من رق إلى حرية، أو طراً عليها سبب موجب لعدة أخرى من الزوج كوفاته، فهل يلزمها الانتقال إلى عدة الوفاة أو إلى عدة حرة؟ إن كان زوجها متمكناً من تلافي نكاحها في العدة لزمها الانتقال وإلا فلا، إلا ما يستثنى من ذلك من الإبانة في المرض، ويتخرج على هذا مسائل:

١ - الرجعية إذا أعتقت أو توفي زوجها انتقلت إلى عدة حرة، أو عدة وفاة.

٢ - إذا كانت تحت عبد مشرك إماء فأسلمن وأعتقن فإن عدتهن عدة حرائر؛ لأنه عتق في عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالإسلام فهي في معنى عدة الرجعية، بخلاف ما لو أسلم العبد ثم عتق الإماء وهنّ على الشرك فإن عدتهن عدة إماء؛ لأن الزوج لا يمكنه تلافي نكاحهن.

٣ - المرتد إذا قُتِلَ في عدة امرأته فإنها تستأنف عدة الوفاة نصّ عليه في رواية ابن منصور؛ لأنه كان يمكنه تلافي النكاح بالإسلام بناء على أن الفسخ يقف على انقضاء العدة.

٤ - لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة في قياس التي قبلها، ذكره الشيخ تقي الدين.





### القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة

**إذا تعارض أصلان عمل بالأرجح منهما لاعتضاده  
بما يرجحه، فإن تساويا خرج في المسألة وجهان غالباً**

وتحتة مسائل :

١ - إذا وقع في الماء نجاسة، وشك في بلوغه القلتين<sup>(١)</sup>؛ فهل يحكم بنجاسته أو بطهارته؟ على وجهين :

أحدهما: يحكم بنجاسته، وهو المرجح عند صاحبي المغني والمحزر؛ لأن الأصل عدم بلوغه قلتين.

والثاني: هو طاهر، وهو أظهر؛ لأن الأصل في الماء الطهارة.

٢ - ما إذا وقع في الماء اليسير روثة، وشك: هل هي من مأكول أو غيره، أو مات فيه حيوان؟ وشك: هل هو ذو نفس سائلة أم لا؟ وفيه وجهان :

أحدهما: أنه نجس؛ لأن الأصل في الأوراث والميتات النجاسة.

والثاني: أنه طاهر، وهو المرجح عند الأكثرين؛ لأن الأصل في الماء الطهارة؛ فلا يزال عنها بالشك.

٣ - إذا قعد الذباب على نجاسة رطبة، ثم سقط بالقرب على ثوب، وشك في جفاف النجاسة؛ ففيه وجهان :

أحدهما: أنه نجس؛ لأن الأصل بقاء الرطوبة، ونقله أبو بكر عن أحمد.

والثاني: لا ينجس الثوب؛ لأن الأصل طهارة الثوب.

(١) إذ إن الماء القليل وهو ما دون القلتين ينجس بمجرد وقوع النجاسة فيه.

٤ - إذا أدرك الإمام في الركوع، فكبر وركع معه، وشك: هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده؟ فالمذهب: أنه لا يعتد له بتلك الركعة؛ لأن الأصل عدم الإدراك، وهو منقول عن ابن عمر رضي الله عنهما، وقال صاحب التلخيص: يحتمل وجهين: أحدهما: أنه يعتد له بها؛ لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع.

٥ - إذا شك: هل ترك واجباً في الصلاة؛ فهل يلزمه السجود؟ على وجهين: أحدهما: يلزمه؛ لأن الأصل عدم الإتيان به، والثاني: لا؛ لأن الأصل عدم لزوم السجود.

٦ - إذا كان ماله غائباً، فإن كان منقطعاً خبره، لم يجب إخراج زكاته، وإن لم يكن خبره منقطعاً، كالمودع ونحوه، ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان، والمنصوص عن أحمد في رواية مهنّا: أنه لا يجب، وعلل بأنه لا يدري لعل المال ذهب، ويتوجه عندي: أن يتخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناء على محل التعلق، فإن قلنا: هو العين وجب<sup>(١)</sup>؛ لأن الأصل بقاؤها، لكن لا يلزم إخراج الزكاة حتى يقبض كالدين، وإن قلنا: هو الذمة، لم يجب؛ لأن الأصل براءة الذمة، وقد شك في اشتغالها، وأما إن قلنا: لا تجب الزكاة في المال الضال والمغصوب، فهذا مثله.

٧ - العبد الأبق المنقطع خبره، هل تجب فطرته أم لا؟ المنصوص عن أحمد في رواية صالح: أنه لا تجب؛ لأن الأصل براءة الذمة والفطرة في الذمة، ويتخرج لنا وجه آخر: أنه يجب بناء على جواز عتقه؛ لأن الأصل بقاؤه.

٨ - جواز عتقه في الكفارة، والمشهور عدمه - لأن الأصل بقاء الكفارة في الذمة -، وذكر أبو الخطاب: احتمالاً بالإجزاء؛ لأن الأصل بقاؤه.

٩ - إذا ظهر بالمبيع عيب، واختلفا، هل حدث عند المشتري أو عند البائع، ففيه روايتان: إحداهما: القول قول البائع؛ لأن الأصل سلامة المبيع

(١) سيأتي في الفوائد آخر الكتاب، هل تجب الزكاة في عين المال، أو في الذمة؟

ولزوم البيع بالتفرق، والثانية: القول قول المشتري؛ لأن الأصل عدم القبض المبرئ.

١٠ - من لزمه ضمان قيمة عين، فوصفها بعيب ينقص القيمة، وأنكر المستحق، فهل يقبل قوله في دعوى العيب؛ لأنه غارم، والأصل براءة ذمته، أو قول خصمه في إنكار العيب؛ لأن الأصل عدمه؟ على وجهين.

١١ - إذا آجره عبداً وسلّمه إليه، ثم ادّعى المستأجر أن العبد أبق من يده وأنكر المؤجر، ففيه روايتان:

إحداها: القول قول المؤجر، نقلها حنبل؛ لأن الأصل عدم الإباق، وأن المؤجر ملك الأجرة كلها بالعقد.

والثانية: القول قول المستأجر، نقلها ابن منصور؛ لأن الأصل عدم تسليم المنفعة المعقود عليها، ولو ادّعى أن العبد مريض، فالقول قول المؤجر، نصّ عليه في رواية ابن منصور مفرقاً بينه وبين الإباق؛ لأن المرض يمكن إقامة البيئة عليه، بخلاف الإباق.

١٢ - إذا ضرب للعَيْنِ الأجل، واختلفا في الإصابة، والمرأة ثيب، فهل القول قول الزوجة؛ لأن الأصل عدم الوطء، أو قول الزوج؛ لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ؟ على روايتين.

١٣ - إذا أسلم الزوجان بعد الدخول، فقال الزوج: أسلمت في عدتك<sup>(١)</sup>، فالنكاح باقٍ، فقالت: بل أسلمت بعد انقضاء عدتي، فوجهان: أحدهما: أن القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح.

والثاني: أن القول قولها؛ لأن الأصل عدم إسلامه في العدة.

١٤ - إذا قال: أسلمت قبلك، فلا نفقة لك، وقالت: بل أسلمت قبلك، فلي النفقة، ففيه وجهان أيضاً: أحدهما: القول قولها؛ لأن الأصل وجوب النفقة.

(١) بأن أسلمت الزوجة قبل الزوج، فالمذهب: يوقف الأمر على انقضاء العدة، فإن أسلم قبل انقضائها فهما على نكاحهما على المذهب، وإلا بان انفساخه منذ أسلم الأول.

والثاني: القول قوله؛ لأن النفقة إنما تجب بالتمكين من الاستمتاع، والأصل عدم وجوده.

١٥ - إذا علق الطلاق على عدم شيء، وشك في وجوده، فهل يقع الطلاق؟ على وجهين: **أصحهما**: أنه لا يقع، وهو المذهب عند صاحب المحرر؛ لأن الأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق، **والثاني**: يقع، ونقل مهنّا عن أحمد ما يدل عليه فيمن حلف ليأكلن ثمرة، فاختلطت في تمر كثير: إن لم يأكله كله حنث؛ لأن الأصل وجود شرط الطلاق، وهو العدم المعلق عليه.

١٦ - لو قتل من لا يعرف، ثم ادّعى رقه<sup>(١)</sup> أو كفره، وأنكر الولي ذلك، فهل يقبل قوله؛ لأن الأصل عصمة دمه، أو قول الولي؛ لأن الأصل في القتل إيجاب القصاص، إلا أن يمنع مانع، ولم يتحقق وجود المانع، على وجهين: أشهرهما: الثاني.

١٧ - وكذا الخلاف فيما إذا جنى على عضو، ثم ادّعى شلله - أي: القتال -، وأنكر المجني عليه، لكن المحكي عن أبي بكر ها هنا: أن القول قول المنكر.

١٨ - وكذلك الوجهان إذا قدّ ملفوفا نصفين، ثم ادّعى أنه كان ميتاً، وأنكر الولي؛ لأن الأصل عصمة الدم، والأصل حياة المقدود.

١٩ - وكذا الوجهان لو جنى على بطن حامل، فألقت ولداً لوقت يعيش المولود في مثله، واختلفا في حياته عند الوضع لتعارض أصل الحياة وبراءة الزمة.

٢٠ - وكذا الوجهان: لو زاد في القصاص من الجراح، وقال: إنما حصلت الزيادة باضطراب المقتصص منه، وأنكر ذلك؛ لأن الأصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان، والأصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل.

٢١ - لو شهدت بينة بالنكاح، وقد ثبت الطلاق، فهل يجب به جميع

(١) إذ الحر لا يقتل بالرقيق على المذهب.

المهر أم نصفه فقط؟ على وجهين: أحدهما: يجب المهر كله؛ لأنه وجب بالعقد ولم يثبت له مسقط ولا لبعضه، والثاني: يجب نصف المهر فقط؛ لأن النصف الآخر لا يستقر إلا بالدخول، ولم يتحقق.

٢٢ - إذا رمى صيداً فجرحه، ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر به غير سهمه، أو جرحه جرحاً موحياً، ثم سقط في ماء ونحوه، فهل يباح؟ على روايتين؛ لأن الأصل عدم مشاركة سبب آخر في قتله، والأصل تحريم الحيوان حتى يتيقن سبب إباحته، لكن الأصل الأول يعتضد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون غيره.

٢٣ - إذا جاء بعض العسكر بمشرك، فادعى المشرك أن المسلم أمنه وأنكر، ففيه روايتان: أحدهما: القول قول المسلم في إنكار الأمان؛ لأن الأصل عدم الأمان.

والثانية: القول قول المشرك؛ لأن الأصل في الدماء الحظر إلا بيقين الإباحة، وقد وقع الشك هنا فيها، وفيه رواية ثالثة: أن القول قول من يدل الحال على صدقه منهما؛ ترجيحاً لأحد الأصلين بالظاهر الموافق له.

٢٤ - وقريب من هذه المسألة: إذا دخل حربي دار الإسلام، وادّعى أن بعض المسلمين عقد له أماناً، فهل يقبل قوله؟

على وجهين ذكرهما صاحب المغني، ونص أحمد: أنه إذا ادّعى أنه جاء مستأمناً، فإن كان معه سلاح، لم يقبل منه، وإلا، قبل فيخرجها هنا مثله.



## القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة

### تعارض الأصل والظاهر

وتحتها أربعة أقسام:

**القسم الأول:** ما ترك العمل فيه بالأصل للحجة الشرعية، وهي قول من

يجب العمل بقوله، وله صور كثيرة جداً:

١ - شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه.

٢ - شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه.

٣ - إخبار الثقة العدل بأن كلباً ولغ في هذا الإناء.

٤ - إخباره بدخول وقت الصلاة.

٥ - شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان فإنه مقبول على ظاهر

المذهب، وفيه رواية أخرى: لا بد من شهادة عدلين كسائر الشهود.

٦ - إخبار الثقة بطلوع الفجر في رمضان فإنه يحرم الطعام والشراب والجماع.

٧ - إخباره بغروب الشمس في رمضان فإنه يبيح الفطر؛ صرح به

الأصحاب ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال، والفرق بينهما من وجهين:

**أحدهما:** أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب، فإذا ثبت دخول

وقت الصلاة بإخبار الثقة ثبت دخول وقت الإفطار تبعاً له، وقد يثبت تبعاً ما

لا يثبت استقلالاً، بخلاف الشهادة بهلال شوال.

**والثاني:** أن إخبار الثقة هنا يقارنه أمارات تشهد بصدقه؛ لأن وقت

الغروب يتميز بنفسه وعليه أمارات تورث غلبة الظن، فإذا انضم إليها إخبار

الثقة قوي الظن، وربما أفاد العلم بخلاف هلال الفطر فإنه لا أماره عليه.

٨ - قبوله قول الأمانة ونحوهم ممن يقبل قوله في تلف مال أو ثمن عليه

من مال أو غيره.

٩ - قبول قول المعتدة في انقضاء عدتها بالأقراء ولو في شهر في أحد الوجهين، والمنصوص: أنه لا يقبل إلا بالبينة في الشهر، وفرق صاحب الترغيب: بين من لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها إلا بينة، بخلاف من لا عادة لها، وفي الفنون لابن عقيل: لا يقبل مع فساد النساء إلا بينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً.

**القسم الثاني:** ما عمل بالأصل ولم يلتفت إلى القرائن الظاهرة ونحوها، وله صور كثيرة:

١ - إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الزوج أنه لم يوصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة، فقال الأصحاب: القول قولها مع يمينها؛ لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً، واختار الشيخ تقي الدين: الرجوع إلى العادة.

٢ - إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك في زوالها فإنه يبني على الأصل إلى أن يتيقن زواله، ولا يكتفى في ذلك بغلبة الظن ولا غيره، وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالهما فإنه يبني على الأصل، وكذلك في النكاح والطلاق وغيرهما.

٣ - إذا شك في طلوع الفجر في رمضان فإنه يباح له الأكل حتى يتيقن طلوعه نصّ عليه أحمد، ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن وبالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً إلى إخبار ثقة بالطلوع.

٤ - إذا زنى من له زوجة وولد فأنكر أن يكون وطئ زوجته، قال أصحابنا: لا يرجم؛ لأن الأصل عدم الوطء ولحقوق النسب يثبت بمجرد الإمكان ووجود الفراش.

**القسم الثالث:** ما عمل فيه بالظاهر، ولم يلتفت إلى الأصل وله صور:

١ - إذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها فإنه لا يلتفت إلى الشك، وإن كان الأصل عدم الإتيان به وعدم براءة الذمة، لكن الظاهر من أفعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال فيرجح هذا الظاهر على الأصل، ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن

أحمد، وفي الوضوء وجه: أن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ؛ لأن حكمه باق بعد الفراغ منه، بخلاف الصلاة وغيرها.

٢ - لو صلى ثم رأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة، وإن كان الأصل عدم انعقاد الصلاة وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحتها، لكن حكم بالصحة؛ لأن الظاهر صحة أعمال المكلف وجريانها على الكمال، وعُضِدَ ذلك أن الأصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة، وترجع المسألة حينئذٍ إلى تعارض أصلين رجح أحدهما بظاهر عضده.

٣ - إذا اختلف المتبايعان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد، كما إذا ادعى البائع أنه كان صبيّاً أو غير ذلك وأنكر المشتري فالقول قول المشتري على المذهب، ونصّ عليه أحمد في صورة دعوى الصغير في رواية ابن منصور؛ لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة دون الفساد وإن كان الأصل عدم البلوغ والإذن، وذكر الأصحاب وجهاً آخر في دعوى الصغير: أنه يقبل؛ لأنه لم يثبت تكليفه والأصل عدمه، بخلاف دعوى عدم الإذن من مكلف فإن المكلف لا يتعاطى في الظاهر إلا الصحيح.

قال الشيخ تقي الدين: وهكذا يجيء في الإقرار وسائر التصرفات إذا اختلفا هل وقعت بعد البلوغ أو قبله؛ لأن الأصل في العقود الصحة.

٤ - إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة فإنه تصح صلاته ولا يشترط أن يتيقن دخوله في ظاهر المذهب، وحكي عن ابن حامد: أنه يعتبر التيقن.

٥ - الفطر في الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب، ومن الأصحاب من قال لا يجوز الفطر إلا مع تيقن الغروب وبه جزم صاحب التلخيص، والأول أصح؛ لأن الوقت عليه أمارات يعرف بها فاكثفي فيه بالظن الغالب، بخلاف ما لا أماراة عليه من إتمام الصلاة والطهارة والحدث ونحوها.

٦ - أن المستحاضة المعتادة ترجع إلى عاداتها وإن لم تكن لها عادة فالإلى تمييزها، وإن لم يكن لها عادة ولا تمييز رجعت إلى غالب عادات النساء وهي ست أو سبع على الصحيح؛ لأن الظاهر مساواتها لهن وإن كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذٍ.



٧ - امرأة المفقود تتزوج بعد انتظار أربع سنين ويقسم ماله حينئذٍ؛ لأن الظاهر موته، وإن كان الأصل بقاءه لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقدته أو لا يثبت إلا من حين إباحة أزواجه وقسمة ماله؟ على وجهين، ينبني عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟ نص أحمد: على أنه يزكى ماله بعد مدة انتظاره معللاً بأنه مات وعليه زكاة، وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى إلا بعد المدة وهو الأظهر.

ويلتحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظارها تعند للوفاة ثم تباح للأزواج فهل تجب لها النفقة من ماله في مدة العدة كما في مدة الانتظار أم لا؟ على وجهين: أحدهما: لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الإقناع. وقال أبو البركات في الشرح: هو قياس المذهب عندي؛ لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة.

والثاني: يجب لها النفقة قاله القاضي وهو نص أحمد؛ لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج، أو يفرق الحاكم بينهما.

٨ - أن النوم المستثقل ينقض الوضوء؛ لأنه مظنة خروج الحدث، وإن كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة، وحكى ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجهاً آخر: أن النوم نفسه حدث لكن يعفى عن يسيره كالدُم ونحوه.

٩ - إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين وادّعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه، وإن كان الأصل عدم علمه بذلك.

١٠ - إذا ادّعت المعتقة تحت عبد الجهل بالعتق أو بثبوت الخيار ومثلها لا يجهل ذلك، فإنه لا يقبل قولها.

١١ - إذا زوج الولي امرأة يعتبر إذنهما لصحة العقد، ثم أنكرت الإذن فإن كان بعد الدخول لم يقبل قولها؛ لأن تمكينها يكذبها، وإن كان قبله فإن كان إذنهما السكوت، أو أقرت بأنها سكنت ولكن ادّعت أن سكوتها كان حياء لا رضا لم يقبل قولها نص عليه أحمد في رواية الأثرم؛ لأن السكوت في حكم الشارع إقرار به، وإن ادّعت أنها ردت أو كان إذنهما النطق فأنكرته فقال القاضي القول قولها؛ لأن الأصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه.

١٢ - لو ادّعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان، ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان، ثم اختلفا، فقالت المرأة: هما نكاحان فلي المهران، وقال الزوج: بل نكاح واحد تكرر عقده فالقول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها.

١٣ - وكذا لو شهدت بينة أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بثمن وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بثمن، فقال المشتري: هو عقد واحد كررناه، وقال البائع: بل هو عقدان فالقول قول البائع؛ لأن الظاهر معه، ذكره الأصحاب، وقال الشيخ تقي الدين: ينبغي أن يكون القول قول الزوج؛ لأن الأصل عدم الفرقة بينهما، والأصل براءته من المهر الثاني.

**القسم الرابع:** ما خرج فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الأصل، وبالعكس ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الظاهر والأصل وتساويهما، وله صور كثيرة:

١ - إذا سَخَّن الماء بنجاسة وغلب على الظن وصول الدخان إليه، ففي كراهته وجهان: أشهرهما: أنه يكره.

٢ - لو أدخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء وشك هل ولغ فيه أم لا؟ وكان فمه رطباً فهل يحكم بنجاسة الماء؛ لأن الظاهر ولوغّه أم بطهارته؛ لأنها الأصل؟ على وجهين ذكرهما الأزجي.

٣ - إذا وقع في ماء يسير ما لا نَفَسَ له سائلة وشك هل هو متولد من النجاسة أم لا؟ وكان هناك بئر وحُشٌّ فإن كان إلى البئر أقرب أو هو بينهما بالسوية فهو طاهر، وإن كان إلى الحشّ أقرب، فوجهان: أحدهما: أنه نجس.

**والآخر:** أنه طاهر ما لم يعاين خروجه من الحش نقل ذلك صاحب المبهم عن شيخه ابن تميم.

٤ - طين الشوارع وفيه روايتان:

إحدهما: أنه طاهر نص عليه في مواضع، وجعله أبو البركات المذهب ترجيحاً للأصل: وهو الطهارة في الأعيان كلها.

والثانية: أنه نجس ترجيحاً للظاهر وجعله صاحب التلخيص المذهب حتى حكى عن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يعفى عن يسيره وأبدي احتمالاً بالعفو عنه لمشقة الاحتراز.

٥ - المقبرة المشكوك في نبشها إذا تقادم عهدها هل يحكم بنجاستها؛ لأن الظاهر نبشها أو بطهارتها؛ لأن الأصل عدمه؟ على وجهين.

٦ - ثياب الكفار وأوانيتهم، وفيها ثلاث روايات عن أحمد: أحدها: الإباحة - وهو المذهب - ترجيحاً للأصل وهو الطهارة.

والثانية: الكراهة لخشية إصابة النجاسة لها إذ هو الظاهر.

والثالثة: إن قوي الظاهر جداً لم يجز استعمالها بدون غسل، ويتفرع على هذه الرواية روايتان: إحداهما: أنه يمنع من استعمال ما ولي عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها.

والثانية: يمنع من استعمال الأواني والثياب مطلقاً ممن يحكم بأن ذبيحته ميتة كالمشركين والمجوس دون غيرهم.

٧ - ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة، وفيه ثلاثة أوجه: الكراهة، وعدمها، والمنع حتى تغسل، وهو اختيار ابن أبي موسى.

٨ - إذا شك المصلي في عدد الركعات، وفيه ثلاثة روايات عن أحمد: أحدها: أنه يبني على الأقل وهو المتيقن؛ لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها.

والثانية: يبني على غالب ظنه للحديث الوارد في ذلك.

والثالثة: إن قوي الظن بإقرار غيره له بنى على غالب ظنه وهو الإمام إذا أقره المأمومون، وإن كان منفرداً بنى على اليقين وهي المشهورة في المذهب، فأما إن سبح به اثنان من المأمومين فإنه يرجع إليهما ما لم يتيقن صواب نفسه على الروايات كلها.

٩ - إذا شك في عدد الطواف وفيه روايتان:

إحدهما: يرجع إلى الأصل وهو المتيقن.

**والثانية:** يرجع إلى غالب ظنه كالصلاة فإن أخبره اثنان بما طاف فهل يرجع إلى قولهما؟ على وجهين، والمنصوص: أنه يرجع إليهما، وكذا الوجهان لو أخبر المصلي من ليس معه في الصلاة هل يرجع إليهما أم لا؟ وفي المغني: يرجع الطائف إلى خبر الثقة الواحد العدل؛ لأنه خبر ديني، فلا يشترط فيه التعدد وإنما اشترطنا العدد في الصلاة لخبر ذي اليدين فبقي ما عداها على الأصل.

١٠ - لو وجد في دار الإسلام ميت مجهول الدين فإن لم يكن عليه علامة إسلام ولا كفر، أو تعارض فيه علامة الإسلام والكفر صلي عليه، نصّ عليه. فإن كان عليه علامة الكفر خاصة فمن الأصحاب من قال يصلى عليه، والمنصوص عن أحمد: أنه يدفن من غير صلاة، وهذا يرجع إلى تعارض الأصل والظاهر إذ الأصل في أهل دار الإسلام، الإسلام والظاهر في هذا الكفر. ولو كان الميت في دار الكفر فإن كان عليه علامات الإسلام صلي عليه، وإلا فلا؛ نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد، وهذا ترجيح للظاهر على الأصل.

١١ - إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة، ففيه روايتان:

**إحدهما:** القول قول الزوج؛ لأنه منكر وغارم، والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقر به.

**والثانية:** القول قول مُدَّعي مهر المثل؛ لأن الظاهر معه.

١٢ - إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج أسلمنا معاً فنحن على نكاحنا، وقالت الزوجة: بل على التعاقب فلا نكاح<sup>(١)</sup> فوجهان: أحدهما: القول قول الزوج؛ لأن الأصل معه.

(١) المذهب: أنه إذا أسلم الزوجان والزوجة غير كتابية قبل الدخول انفسخ النكاح إلا إذا أسلما معاً.

**والثاني:** القول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها؛ إذ وقوع إسلامها معاً في آن واحد نادر، والظاهر خلافه.

١٣ - إذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطأها وقلنا: لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت وكان له منها ولد فهل يتقرر المهر بذلك؛ لأن الغالب أن الولد إنما ينعقد عن الإصابة، أولاً؛ لأن الأصل عدم إصابتها، ويحتمل أنه سبق الماء إلى فرجها فانعقد به الولد؟ على وجهين ذكرهما القاضي، وفيه نظر فإن سبق الماء إلى الفرج إنما يكون بعد ما تقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره، والأظهر في تعليل عدم تقرر المهر أن يقال: الولد يثبت نسبه بمجرد الإمكان بخلاف استقرار المهر.

١٤ - لو زوج رجل وَلَيْتَهُ ثم ظهرت معيبة فادّعى الولي أنه لم يعلم عيبتها، ففيه وجهان: أحدهما: القول قول الولي مع يمينه؛ لأن الأصل معه إلا أن يكون العيب جنوناً، ويكون الولي ذا اطلاع عليها فلا يقبل قوله، وهو اختيار صاحب المغني.

**والثاني:** إن كان الولي قريباً كالأب والجد والابن لم يقبل قوله مطلقاً؛ لأن الظاهر يكذبه وإن كان بعيداً قبل قوله مع يمينه وهو قول القاضي ووافقه ابن عقيل، إلا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها فسوى بين الأولياء كلهم في عيوب الفرج بخلاف غيرها.

١٥ - إذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز التناول منه أم لا؟ على وجهين؛ لأن الأصل في الأعيان الإباحة والغالب ههنا الحرام.

١٦ - وقريب من هذا: إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر فإن في جواز التحري روايتين، وظاهر كلام أحمد في رواية المروزي: جوازه، لكن هنا اعتضد أصل الطهارة فإن الظاهر إصابة الطاهر لكثرتة.

١٧ - إذا قذف مجهول النسب وادعى رقه وأنكر المقدوف فهل يحد؟ على روايتين؛ لأن الأصل عدم لزوم الحد والأغلب على الناس الحرية، أو يقال: الأصل فيهم الحرية فيكون إذاً من باب تعارض الأصلين.

١٨ - إذا قال لمدخول بها: أنت طالق أنت طالق، ولم يقصد بالثانية تأكيداً ولا إيقاعاً بل أطلق النية. فقال الأصحاب: تطلق اثنتين؛ لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ الأول، ولهذا يقال: إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى، وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر مع أن الأصل بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة إذا كرره ثلاثاً فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الإطلاق؛ لأنه المتيقن، ويشهد له ما نقله صالح عن أبيه أنه قال: إذا قال: أنت طالق أنت طالق، وقد دخل بها فهو على ما أراد إن كان أراد إفهامها فهو الذي أراد، وإن أراد غير ذلك فهو على ما أراد فلم يوقع الثانية بدون النية، وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما إذا قال: أنت طالق بل أنت طالق، وأطلق النية: أنه لا يلزمه أكثر من واحدة فإن نوى بالثانية طلبة أخرى فهل يلزمه أم لا؟ على قولين؛ لأنه إعادة للفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار كذلك حكى القاضي عنه في كتاب الروايتين. ويلزم من ذلك أنه إذا قال: أنت طالق وكرره وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة.

١٩ - إذا قال: الطلاق يلزميني أو أنت الطلاق، فهل يلزمه واحدة أو ثلاث؟ على روايتين؛ لأن الألف واللام قد يراد بها العهد؛ أي: الطلاق المعهود المسنون وهو الواحدة، ويراد بها مطلق الجنس، ويراد بها استغراق الجنس لكنها في الاستغراق والعموم أظهر والمتيقن من ذلك واحدة، والأصل بقاء النكاح، وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به ما دونها فهل يقع به ما نواه خاصة أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً في الثلاث؟ فيه طريقان للأصحاب.

٢٠ - ولو قال: الطلاق يلزميني وله أكثر من زوجة، فإن كان هناك نية أو سبب يقتضي التعميم أو التخصيص عمل به، ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الأصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة؛ لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله، وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لأفراده أقوى من عمومه لمفعولاته؛ لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً، وإنما يدل على مفعولاته بواسطة، فلفظ الأكل

والشرب مثلاً يعم الأنواع منه والأعداد أبلغ من عموم المأكول والمشروب إذا كان عاماً فلا يلزم من عمومه لأفراده وأنواعه عمومه لمفعولاته، ذكر ذلك كله الشيخ تقي الدين: بمعناه.

وفي موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة، وفرق: بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات، وقد يقال: إن قوله الطلاق يلزمه، وإن كان صيغة عموم لكن إذا لم ينو عمومه كان مخصصاً بالشرع عند من يحرم جمع الثلاث وهو ظاهر المذهب فتكون المسألة حينئذٍ من صور التخصيص بالشرع وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت<sup>(١)</sup>.

٢١ - إذا قال: زوجتي طالق أو عبدي حرُّ وله زوجات وعبيد فالمنصوص أنه يقع الطلاق والعنق بالجميع إلا أن ينوي عدداً معيناً؛ لأن اسم الجنس المضاف للعموم فهو كالجمع المعروف، وذكر صاحب المغني احتمالاً ورجحه: أنه لا يقع الطلاق والعنق مع إطلاق النية إلا بواحد؛ لأن اللفظ صالح للواحد والجمع فحملة على الواحد أولى؛ لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل على الظاهر.

٢٢ - إذا قال له: عندي درهم ودرهم ودرهم، فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر في الشافي ونزلهما صاحب التلخيص على تعارض الأصل والظاهر؛ فإن الظاهر عطف الثالث على الثاني، ويحتمل إرادة التكرار به؛ لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الإطلاق؛ لأنه اليقين، قال: ولو قال: أردت بالثلاث تكرار الثاني قبل على الوجهين لاحتماله، وذكر صاحب المغني في الطلاق احتمالاً: أنه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيد مع حرف العطف لمخالفته للظاهر؛ لأن ظاهر العطف يقتضي المغايرة.



(١) ينظر: القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة.

## القاعدة الستون بعد المائة

## العمل بالقرعة

تستعمل القرعة فيما يلي :

١ - في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداء لمبهم غير معين عند تساوي أهل الاستحقاق .

- ومثاله :

أ - إذا اجتمع اثنان من أولياء الميت واستويا وتشاحّا في الصلاة عليه فيقرع بينهما .

ب - إذا قدم ميتان إلى مكان من مقبرة مسبّلة في آن واحد، ولم يكن لأحدهما مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك فيقرع بينهما .

ج - الأولياء المستوون في النكاح إذا تشاحّوا يقرع بينهم .

٢ - في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز عن الإطلاع عليه، وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب، وفي الأبضاع قول آخر: إنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن، ولا تستعمل في إلحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب .

- ومثاله :

أ - إذا ادّعى الوديعة اثنان فقال المودّع لا أعلم لمن هي منكما فإنه يقرع بينهما .

ب - إذا وصف اللقطة اثنان فهل تقسم بينهما، أو يقرع على وجهين .

ج - إذا وصّى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم، فهل تبطل الوصية أو تصح ويميز أحدهما بالقرعة؟ وجهان .

د - لو زوج وليان من اثنين وجهل أسبق العقدين ففيه روايتان :



أحدهما: يميز الأسبق بقرعة.

والرواية الثانية: يفسخ النكاحان ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما إذا شاءت.

هـ - إذا طلق واحدة من نسائه ثم أنسيها أو جهلها ابتداء كمن قال: إن كان هذا الطائر غراباً ففلانة طالق وإن لم يكن غراباً ففلانة طالق فطار ولم يعرف فالمشهور: أنها تعين بالقرعة ويحل له البواقي، كما أنه لو أعتق أمة من نسائه وأنسيها عينها بالقرعة وحلّ له البواقي.

٣ - في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها.

مثال ذلك:

أ - التشاح في الولايات إذا استوى اثنان في الصفات المرجح بها في الإمامة، أو الأذان وتشاحا أقرع بينهما.

ب - التشاح في حقوق الاختصاص كالتشاح في أماكن البيع، والجلوس، ونحو ذلك.

٤ - ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداء<sup>(١)</sup>، وفي الكفارة وجه ضعيف: أن القرعة تميز اليمين المنسية.

٥ - القرعة في القسمة إذا عدل القاسم السهام بالأجزاء إن تساوت وبالقيمة، إن اختلفت وبالرد فيما يقتضي الرد فإنه يقرع بين الشركاء.

ونحن نذكر هاهنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الإمكان، والله الموفق:

١ - إذا اجتمع محدثان حدثاً أكبر أو أصغر وعندهما ما يكفي أحدهما ولا اختصاص لأحدهما به ففيه وجهان: أحدهما: يقرعان عليه لاستوائهما في الحاجة إليه.

(١) كما لو وجبت عليه زكاة وحصل إيهام هل هي زكاة سائمة، أو نقد؟ أو وجبت عليه صلاة وحصل إيهام هي صلاة فجر أو ظهر؟

والثاني: يقسم بينهما.

٢ - ولو كان أحدهما جنباً والآخر محدثاً حدثاً أصغر، وكان الماء يكفي كل واحد منهما ويفضل عنه فضلة لا يكفي الآخر، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: المحدث أولى؛ لأن فضلته يمكن الجنب استعمالها بخلاف فضلة الجنب فإنها لا ترفع حدث المحدث.

والثاني: الجنب أولى لغلظ حدثه.

والثالث: هما سواء فيقرع بينهما أو يعطيه باذل الماء لمن شاء منهما...

٣ - ويتصور ذلك عندي في الوصية بالماء لأولاهم به، ويتصور أيضاً في النذر لأولاهم به، والوقف عليه.

٤ - إذا تشاحوا في الأذان مع تساويهم في الصفات المرجح بها فيه فإنه يقرع بينهم.

٥ - إذا اجتمع عُرّة ومع واحد منهم ثوب قد صلى فيه استحب له إعارته لرفقائه، فإن ضاق الوقت وفيهم من يصلح للإمامة استحب له إعارته فيصلّي فيه إماماً والعُرّة خلفه، فإن استوا أولم يكن الثوب لواحد منهم أقرع بينهم.

٦ - إذا استوى اثنان في الصفات المرجح بها في الإمامة من كل وجه وتشاحّا أقرع بينهما كما في الأذان.

٧ - إذا اجتمع اثنان من أولياء الميت واستويا وتشاحّا في الصلاة عليه أقرع بينهما.

٨ - ولو ولي إمامة المسجد رجلان صح وكانا في الإمامة سواء وأيهما سبق إليها كان أحق بها، فإن حضرا معاً احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع له منهما، واحتمل أن يرجع إلى اختيار أهل المسجد لأحدهما.

٩ - إذا قدم بميتين إلى مكان من مقبرة مسبلة في آن واحد ولم يكن لأحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك، فإنه يقرع بينهما صرح به الأصحاب.

١٠ - إذا دفن اثنان في قبر واحد واستويا في الصفات فإنه يقدم أحدهما إلى القبلة بالقرعة.

١١ - إذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان وكان أحد الكفين أجود من الآخر ولم يعين البازل ما لكل واحد منهما، فإنه يقرع بينهما.

١٢ - ولو اشتبه عبده بعبد غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه من مالك الآخر قبل تمييزه أم لا؟ قال القاضي: يحتمل أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز، وبماذا يقرع؟ يحتمل أن يقرع بينهما فيعين بالقرعة ثم يبيعه؛ لأنه قد اختلط المستحق بغيره، ويحتمل أن يقف على المراضاة.

١٣ - إذا ادّعى الوديعه اثنان فقال المودّع: لا أعلم لمن هي منكما فإنه يقرع بينهما، فمن قرع حلف وأخذها.

١٤ - إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالأماكن المباحة كالطرق الواسعة ورحاب المساجد ونحوها لمعاش أو غيره، فالمذهب: أنه يقدم أحدهما بالقرعة، وفيه وجه: بتقديم السلطان لمن يرى منهما بنوع من الترجيح، وكذلك لو استبقا إلى موضع في رباط مسبل أو خان أو استبق فقيهان إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانكاه ذكره الحارثي.

١٥ - إذا سبق اثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات وضاق المكان إلا عن أحدهما، ففيه وجهان: أحدهما: يقترعان عليه اختاره صاحب المغني.

والثاني: قاله القاضي، إن كان أحدهما للتجارة هائياً الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى؛ لأنه يطول، وإن كان للحاجة فاحتمالات: أحدها: يقرع بينهما.

والثاني: ينصب من يأخذ لهما، ثم يقسم.

والثالث: يقدم من يراه أحوج وأولى.

١٦ - إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض يحتاج إلى السقي منه وكانا متقابلين ولم يمكن قسمة الماء بينهما أقرع بينهما فقدم من له القرعة.

وأما إن وقعت أيديهما على المباح، فهو بينهما بغير خلاف.

١٧ - إذا وصف اللقطة نفسان، فهل يقسم بينهما أو يقرع فمن خرجت له القرعة فهي له؟ على وجهين.

١٨ - إذا التقط اثنان طفلاً وتساويا في الصفات أقرع بينهما، ولم يقر بأيديهما جميعاً كما في الحضانة، وإن ادّعى نفسان التقاط طفل، فإن كان في أيديهما أقرع بينهما فأقر بيد من خرجت له القرعة.

١٩ - إذا وصى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم، فهل تبطل الوصية أو تصح ويميز أحدهما بالقرعة؟ فيه خلاف سبق.

٢٠ - إذا أوصى لزيد بعبد من عبده قال الخرقى: يعطي واحداً منهم بالقرعة كما لو أعتق واحداً مبهماً، والمنصوص عن أحمد: أن له أخسهم؛ يعني: أدنى ما يقع عليه الاسم؛ لأنه المتيقن وإنما أقرعنا في العتق؛ لأن العتق حق للعبيد وقد تساوا في استحقاقه فيميز بالقرعة، وهنا الحق للموصى له وإنما يستحق ما يصدق عليه الاسم.

٢١ - إذا مات المتوارثان وعلم أسبقهما موتاً ثم نسي، فقال القاضي: لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة لتعيين السابق، والمذهب: أن حكم ذلك حكم ما لو جهلوا الحال يورث كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه منه.

٢٢ - إذا مات عن زوجات وقد طلق إحداهن طلاقاً يقطع الإرث، أو كان نكاح بعضهن فاسداً لا تورث فيه، وجهل عين المطلقة وذات النكاح الفاسد فإنها تعين بالقرعة، والميراث للبواقي نصّ عليه أحمد.

٢٣ - الأولياء المستوون في النكاح إذا تشاحوا أقرع بينهم، فإن سبق من أخطأته القرعة فزوج فهل يصح أم لا؟ على وجهين.

٢٤ - لو زوج وليان من اثنين وجهل أسبق العقدین، ففيه روايتان: أحدهما: يميز الأسبق بالقرعة فمن خرجت له القرعة فهي زوجته، ولا يحتاج إلى تجديد عقد ولا يحتاج الآخر إلى طلاق، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وابن منصور.

٢٥ - ونظير هذه الرواية في القرعة أن المشهور من المذهب: أن من طلق واحدة من زوجاته، ثم أنسيها فإنها تعين بالقرعة ويحل له وطء البواقي .  
والرواية الثانية: يفسخ النكاحان جميعاً، ثم تتزوج من شاءت منهما، أو من غيرهما إذا شاءت، نقلها أبو الحارث ومهنا .

٢٦ - إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثاً، فالمشهور عند الأصحاب: أنه يخرج منهن أربع بالقرعة فيكن المختارات، وله نكاح البواقي بعد عدة الأربع بناء على أن الطلاق اختيار، والقرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهمات فيميزن بالقرعة، ويحكم باختيارهن وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق، فيباح له نكاحهن بدون زوج وإصابة بعد انقضاء عدة الأربع . . . . واختيار الشيخ تقي الدين: أن الطلاق هنا فسخ لا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار، وإن مات قبل أن يختار منهن أربعاً فإنه يقرع بينهن فيورث أربع منهن بالقرعة .

وأما العدة ففيها وجهان: أحدهما: على الجميع عدة الوفاة قاله القاضي في الجامع؛ لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه .

والثاني: وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغني: إن عليهن أطول الأمرين من عدة الوفاة وعدة الوطء، وعللوه: بأن أربعاً منهن زوجات والبواقي موطآت بشبهة فيجب على الجميع أطول العديتين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة بيقين . . . . .

ونصّ أحمد في رواية أبي طالب: أنه يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة لم تورث ولم تعتد، ومراده أنها لم تعتد عدة الوفاة، وهذا يدل على أن العدة تابعة للميراث، فمن خرجت لها قرعة الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها، وعلى البواقي عدة الوفاة من حينها؛ لأن القرعة بينة شرعية وقد حكمنا بحل البُضع بها كما سبق، فجاز أن ينبنى عليها حكم العدة؛ لأنها من توابع الطلاق ولوازمه، فعلى هذا المنصوص يتخرج في مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل أن يختار منهن أن يقرع بين أربع منهن فيكن المختارات وتلزمهن عدة الوفاة من حينها ويلزم البواقي عدة الوطء من حين

الإسلام إذا قلنا إن عدتهن من حين الإسلام، وعلى قول القاضي على الجميع الاعتداد أطول الأجلين.

٢٧ - إذا أصدق الزوجة عبداً من عبيده فحكى طائفة من الأصحاب في المسألة روايتين: أحدهما: أنه يتعين بالقرعة.

والثانية: لها الوسط منهم.

٢٨ - إذا دعاه اثنان إلى وليمة عرس واستويا في الصفات المرجحة أقرع بينهما.

٢٩ - إذا زُفَّت إليه امرأتان معاً، فإنه يقدم إحداهما بالقرعة.

٣٠ - إذا أراد السفر بإحدى زوجاته أو البداءة بها لم يجز بدون قرعة، إلا أن يرضى البواقي بذلك.

٣١ - لو طلق امرأة من نسائه مبهمه بأن قال لامرأته: إحداكما طالق ولم ينو معينة، فإنه يعين المطلقة بالقرعة في ظاهر المذهب، ونص عليه أحمد في رواية جماعة.

وفيه رواية ثانية: أن له تعيينها باختياره، وتوقف أحمد مرة فيها في رواية أبي الحارث.

٣٢ - إذا طلق واحدة معينة من نسائه ثم أنسيها أو جهلها ابتداء، كمن قال إن كان هذا الطائر غراباً ففلانة طالق، وإن لم يكن غراباً ففلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان، فالمشهور أيضاً: أنها تعين بالقرعة ويحل له البواقي.

٣٣ - لو أعتق أمة من إماءه وأنسيها عينها بالقرعة وحل له البواقي؛ لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة. . . . . وقد نصَّ أحمد صريحاً على هذا في رواية جماعة.

وعن أحمد: لا يقرع بل يوقف حتى يتبين. . . . . والمذهب الأول وعليه فلو ذكر أن المطلقة غير من أصابتها القرعة، وأنه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها، وهل ترجع التي وقعت عليها القرعة توقف فيه أحمد مرة، وقال في رواية الميموني: إن كانت تزوجت لم ترجع إليه؛ لأن حق الزوج الثاني تعلق

بها فلا يقبل قوله في إسقاط حقه وفسخ نكاحه، وإن لم تتزوج فإن كانت القرعة بفعل الحاكم لم ترجع إليه أيضاً نصّ عليه في رواية الميموني أيضاً.

٣٤ - لو رأى رجلان طائراً، فقال أحدهما: إن كان غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً، ففيه وجهان: أحدهما: يبني كل واحد منهما على يقين نكاحه، ولا يحكم عليه بالطلاق؛ لأنه متيقن لحل زوجته شك في تحريمها، بخلاف ما إذا كانت الزوجتان لرجل واحد فإنه يتيقن زوال النكاح في إحدى زوجتيه فلذلك عينت بالقرعة وهذا اختيار القاضي وأبي الخطاب وكثير من المتأخرين.

والثاني: أنه يقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة طلقت زوجته، كما لو كانا لرجل واحد وهو اختيار الشيرازي وابن عقيل والحلواني.

والمنصوص عن أحمد في هذه المسألة: ما رواه ابنه عبد الله أنه قال: يعتزلان نساءهما حتى يتيقن فيحتمل أن يكون حكماً لوقوع الطلاق على أحدهما، ولكن لم يخرج به بالقرعة كما رواه الشالنجي عنه، ويحتمل وهو الأظهر: أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي، قال الشيخ تقي الدين: تأملت نصوص أحمد فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري أهو بارٌّ فيها أم لا؟ حتى يستيقن أنه بارٌّ، فإن لم يعلم أنه بارٌّ اعتزلها أبداً، وإن علم أنه بارٌّ في وقت وشك في وقت اعتزلها وقت الشك، وحاصله: أنه متى علق الطلاق بشرط وأمكن وجوده فإنه يعتزل امرأته حتى يعلم انتفاؤه، نصّ على فروع هذا الأصل في مواضع:

- أ - إذا قال إن كنت حاملاً فأنت طالق يعتزلها حتى يتبين الحمل.
- ب - إذا وكّل وكيلاً في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدري ما يفعل.
- ج - إذا قال أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر الأخير لإمكان أن تكون أول ليلة.

د - إذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر فإنه يعتزلها مطلقاً، نقله عنه مهناً.

هـ - مسألة إن كان الطائر غراباً وهي هذه المسألة.

٣٥ - إذا قال لامرأته: إن ولدت ذكراً فأنت طالق طليقة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طليقتين فولدت ذكراً وأنثى متعاقبين وأشكل السابق منهما، فوجهان:

أحدهما: أنه يقع بها واحدة؛ لأنه المتيقن والزائد عليه مشكوك فيه فيلغى.

والثاني: يعين الواقع منهما بالقرعة قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنه يتقن وقوع أحد المعلقين وشك في عينه فميز بالقرعة.

٣٦ - ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق إذا قال لزوجاته الأربع: أيتكن لم أطأها الليلة فصواحباتها طوالق، ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن فالمشهور عند الأصحاب: أنهن يطلقن ثلاثاً ثلاثاً؛ لأن شرط الطلاق وهو خلؤ الوطء في الليلة قد تحقق في آخر جزء منها، فإذا بقي جزء منها لا يتسع للإيلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة فيطلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً؛ لأن لكل واحدة ثلاث صواحبات لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث عليها.

والوجه الآخر: إحداهن تطلق ثلاثاً والبواقي يطلقن اثنتين اثنتين؛ لأنه لما امتنع عن الأولى طلقت الثلاث واحدة واحدة، فلما امتنع عن الثانية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة اثنتين اثنتين، فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك، وبانت الرابعة، فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها وهي غير زوجة فلم يقع بالامتناع منها طلاق، فعلى هذا الوجه ينبغي أن يقرع بينهما فمن خرجت لها قرعة الثلاث حرمت بدون زوج وإصابة، وملك رجعة البواقي.

٣٧ - إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضاء العدة في آنٍ واحدٍ، ففيه وجهان: أحدهما: القول قول المرأة؛ لأن الزوج مدّعي وهي تنكر. والثاني: يقرع بينهما فمن قرع له، فالقول قوله.

٣٨ - إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه، فإنها تميز بالقرعة ذكره أبو بكر، وإن آلى من واحدة مُبهمَة، ففي المحرر وجهان:



أحدهما: تعين بالقرعة.

والثاني: بتعيينه.

٣٩ - إذا تعذر إثبات النسب بالقافة إما لعدمها أو لعدم إلحاقها بالنسب لإشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك، فالمشهور: أنه لا يلحق بالقرعة. . . . وعلى هذا فهل يضيع نسبه أو يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من يميل طبعه إليه من المدعين له فيلحق به؟ على وجهين: الأول قول أبي بكر، والثاني قول ابن حامد. . . وعن أحمد: أنه يقرع بينهما فيلحق نسبه بالقرعة.

وأما حكم تحريم النكاح، فإن ألحقت القافة الولد بأحد الواطنين وكانت بنتاً حلت لأولاد الآخر، ولم تحل لأحد من الواطنين لكونها ربيبة له وإن لم توجد قافة، فإن قلنا: يضيع النسب حرمت على الواطنين وأولادهما كما إذا اشتبهت ذات محرم بأجنبية، وإن قلنا: تترك حتى تبلغ فتنسب إلى أحدهما بميل الطبع ففي حلها لولد الآخر بلبن هذه المرأة احتمالان ذكرهما صاحب الترغيب.

وأما حكم العدة، فقال أكثر الأصحاب: إن ألحقت القافة الولد بأحدهما انقضت به عدتها منه ثم اعتدت للآخر، وإن ألحقت بهما انقضت به عدتها منهما. . . . وأما إن ضاع نسبه بأن لم توجد قافة أو شكل عليهم، ففي الإقناع لابن الزاغوني: يضاف إلى أحدهما بالقرعة وتنقضي به عدتها منه، قال: ويحتمل أن تستأنف العدة لهما؛ لأنه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما حيث لم ينسب إلى واحد منهما.

وأما حكم الميراث إذا تعذر إلحاق النسب بواحد منهما ومات الولد: ففي المجرد: قياس المذهب: يقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة حكم له بالميراث.

تنبيه: هذا الكلام في إلحاق النسب ابتداء بالقرعة، فأما إذا أقر بولد مبهم من أمة له ثم مات ولم يبين وتعذرت القافة أقرعنا لأجل الحرية، فمن خرجت عليه القرعة فهو حُرٌّ، وهل يثبت نسبه بذلك؟ فيه خلاف سبق ذكره؛ لأن الحرية هنا مستندة إلى الإقرار والقرعة مرجحة.

٤٠ - إذا بلغ الغلام سبع سنين فإنه يخير بين أبيه وأمه في الحضانة على ظاهر المذهب، فإن لم يختَر واحداً منهما أو اختارهما جميعاً أقرع بينهما على المشهور، وفيه وجه: يعطى لأمه، وأما قبل السبع فإذا استوى في استحقاق حضانتهم رجلان كأخوين أو امرأتان كأختين، فإنه يعين أحدهما بالقرعة أيضاً.

٤١ - إذا استحق القود جماعة وتشاحوا في مباشرة الاستيفاء، ففيه وجهان: أشهرهما: أنه يقدم أحدهم بالقرعة.

والثاني: بتعيين الإمام قاله ابن أبي موسى، هذا إذا كان المقتول واحداً، فإن كان المقتول جماعة وطلب ولي كل واحد منهم أن يقتص على الكمال ففيه وجهان أيضاً: أحدهما: يقرع بينهم، فمن خرجت قرعته أقيد به، ويجب للباقيين الدية.

والثاني: يبدأ بالسابق في القتل فيقاد به وتتعين الدية للباقيين، فإن قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة.

٤٢ - إذا أعطينا الأمان لمشرك في حصن ليفتحه لنا ففعل، ثم اشتبه علينا، وادعى كل منهم أنه المستأمن، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص في رواية ابن هانئ: أنه يحرم قتلهم، واسترقاقهم جميعاً.

والثاني: يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حراً ويُرَقَّ الباقيون.

٤٣ - لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه ثم فتحناه وادعى كلهم أنه المسلم، فإنه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترق ويسترق الباقيون؛ لأنهم إنما أسلموا بعد القهر وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص فقد اشتبه هاهنا الحر بمن يثبت استرقاقه فيميز بالقرعة، وجعل أصحابنا حكم هذه المسألة حكم مسألة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها.

٤٤ - إذا جعلنا مالاً لمن يفتح الحصن فادعى اثنان كل منهما أنه الذي فتحه دون الآخر، فقال أبو بكر: فيه قولان:

أحدهما: أن المال بينهما جميعاً؛ لأنهما فيه سواء بدعواهما له.

والآخر: يقرع بينهما فمن أصابته القرعة كان المال له .

٤٥ - إذا قسم خمس الغنيمة، فإنه يجزأ خمسة أقسام بالسوية، سهم لله وللرسول، وسهم لذوي القربى، وسهم لليتامي، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل، ثم يقرع بينهم، وكذا الفيء إذا قلنا: إنه يخمس - والمذهب: لا يخمس - .

٤٦ - لو حلف يمين ولم يدر أي الأيمان هي، فالمنصوص عن أحمد: أنه لا يلزمه شيء .

وتوقف أحمد في رواية أخرى .

وفي المسألة قولان آخران: أحدهما: أنه يقرع بين الأيمان كلها من الطلاق والعِتاق والظُّهار واليمين بالله، فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه وهو بعيد؛ لما يتضمنه من إيقاع الطلاق والعِتاق بالشك .

والثاني: يلزمه كفارة كل يمين؛ لأنه يتيقن وجوب أحدهما وشك في عينه، ذكره ابن عقيل .

... وأفتى الشيخ تقي الدين فيمن حلف ليفعلن شيئاً ثم نسيه أنه لا يحنث؛ لأنه عاجز عن البر .

٤٧ - إذا تناضل حزبان واقتسموا الرجال بالاختيار واختلفوا في البادي بالاختيار من كل حزب أقرع بينهم لذلك، وكذلك إذا اختلف الرماة في المبتدي بالرامي وتشاحوا أقرع بينهم في قياس المذهب قاله الآمدي .

٤٨ - إذا استوى اثنان من أهل الفيء في درجة، ففي المجرد: يقدم أسنهما ثم أقدمهما هجرة، وفي الأحكام السلطانية: يقدم بالسابقة في الإسلام، ثم بالدين، ثم بالسن، ثم بالشجاعة، ثم ولي الأمر مخير إن شاء أقرع بينهما، وإن شاء رتبهما على رأيه واجتهاده .

٤٩ - إذا تنازع الإمامة العظمى اثنان وتكافأ في صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة، قال القاضي: هذا قياس المذهب كالأذان .

٥٠ - لو عقدت الإمامة لاثنتين في عقدين مترتين وجهل السابق منهما، فقال القاضي: يخرج على روايتين: إحداهما: بطلان العقد فيهما.

**والثانية:** استعمال القرعة بناء على ما إذا زوج الوليان، وجهل السابق منهما فإنه على روايتين، كذلك هنا. انتهى.

٥١ - إذا وُلِّيَ الإمام قاضيين في بلد عملاً واحداً، وقلنا بصحة ذلك فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان إليه، فالقول قول المدعي، فإن تساوى في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين إليهما، فإن استويا أقرع بينهما.

٥٢ - إذا هجم الخصوم على القاضي دفعة واحدة وتشاحوا في التقدم وليس فيهم مسافر، فإنه يقدم أحدهم بالقرعة، وكذا إذا ادّعى الخصمان عنده معاً فإنه يقدم أحدهما بالقرعة.

٥٣ - القرعة في القسمة إذا عدل القاسم السهام بالأجزاء إن تساوت، وبالقيمة إن اختلفت، وبالرد فيما يقتضي الرد<sup>(١)</sup> فإنه يقرع بين الشركاء، وهو مخير إن شاء كتب اسم كل واحد منهم في رُقعة ثم تخلط الرقاع ويخرج على كل اسم رُقعة منها، وإن شاء كتب اسم كل سهم في رُقعة ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة كل منهما على اسم واحد من الشركاء، فإذا تمت القرعة لُزمت القسمة للشركاء.

وفيه وجه: لا يلزمه فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة؛ لأنها بيع إذا دخلها الرد، فيشترط لها التراضي.

٥٤ - إذا تداعى اثنان عيناً بيد ثالث فأقر بها لأحدهما مبهماً، وقال: لا أعلم عينه فإنه يقرع بينهما فمن قرع فهي له، وهل يحلف؟ على وجهين، ذكرهما أبو بكر، والمنصوص عن أحمد: أن عليه اليمين... وإن قال من هي في يده ليست لي ولا أعلم لمن هي، ففيها ثلاثة أوجه: أحدها: يقترعان عليها كما لو أقر بها لأحدهما مبهماً.

**والثاني:** تجعل عند أمين الحاكم.

(١) أي: رد العوض.

والثالث: تقرر في يد من هي في يده، والأول ظاهر كلام الإمام أحمد.

٥٥ - إذا تداعى اثنان عيناً ليست في يد أحدهما، ففيها وجهان:

أحدهما: يقسم بينهما كالتي بأيديهما.

والثاني: يقرع بينهما فتعطى لمن قرع كما لو كانت بيد ثالث، وهو ظاهر

كلام أحمد في رواية صالح.

٥٦ - إذا تعارضت البينتان، ففي المسألة ثلاث روايات: إحداهن:

يسقطان بالتعارض ويصيران كمن لا بينة لهما.

والثانية: تستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين.

والثالثة: يرجح أحدهما بالقرعة، فمن قرع له حلف وأخذ العين. وحكى

ابن شهاب في عيون المسائل رواية أخرى: يوقف الأمر حتى يتبين أو

يصطلحاً عليه ولو كانت العين المنازع فيها بيد أحدهما فلا تعارض، بل نقدم

بينة الخارج<sup>(١)</sup> في أشهر الروايتين.

وفي الأخرى: بينة الداخل<sup>(٢)</sup>، إلا أن يكون التنازع في سبب اليد بأن

يدعي كل منهما أنه اشتراها من زيد أو اتهبها منه ويقيم بذلك بينة، ففيه

روايتان: إحداهما: أنه كبينة الداخل والخارج على ما سبق، وهي المذهب

عند القاضي.

والثانية: يتعارضان؛ لأن السبب هو المتنازع فيه فلا تبقى - اليد -

مؤثرة؛ لأنهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد وعنه: هو متلقى فلذلك لم

يبق لليد تأثير؛ لأنه قد علم مستندهما وهو الشراء الذي عورض بمثله وهذه

الرواية اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وصاحب المحرر، واختار أبو بكر

وابن أبي موسى هاهنا: أنه يرجح بالقرعة ونص عليه أحمد في رواية ابن

منصور.

وذكر الشيخ تقي الدين: أن مقتضى المذهب أنه إذا شهدت البينتان

(١) الخارج: من لم تكن العين بيده.

(٢) الداخل: من كانت العين بيده.

بالعقدين أو الإقرارين أو الحكمين أن تصدق البينتان، ثم إن علم السابق، وإلا كان بمنزلة أن تشهد بيته واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما، فهنا إما أن يقرع أو يبطل العقدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به فيقر في يد ذي اليد، وتكون الدعوى حينئذٍ لمن انتقل عنه على صاحب اليد، قال: وقياس المذهب فيما إذا اشتبه أسبق عقدي البيع: أن يفسخهما إلا إذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه فإننا نقرع؛ لأن من أصلنا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك أو المملك بغير المملك فإننا نقرع، فإذا أمكن فسخ العقد ورد كل مال إلى صاحبه فهو خير من خطر القرعة.

٥٧ - الإقراع في العتق وهو أشهر ما وردت فيه السُّنة بالإقراع فيه ويندرج تحته صور كثيرة:

أ - إذا أعتق في مرضه عبده أو دبرهم ولم يخرجوا من ثلثه، فإنه يقرع بينهم فيعتق منهم بقدر الثلث نصّ عليه أحمد.

ويستثنى من هذا صور لا إقراع فيها ذكرها الأصحاب: أحدها: إذا كان عتق أحد العبدین مرتباً على الآخر، بأن قال إن أعتقتُ سالماً فغانم حرّاً فإنه يعتق سالم وحده إذا أعتقه ولا يقرع؛ لأن القرعة قد تفضي إلى عتق غانم وحده فيلزم منه ثبوت المشروط بدون شرطه.

**والثانية:** إذا قال في مرضه: أعتقوا سالماً إن خرج من الثلث، وإلا فأعتقوا منه ما عتق، وقال أيضاً: أعتقوا غانماً إن خرج من الثلث، وإلا فأعتقوا منه ما عتق: قال الأصحاب: يعتق من كل واحد نصفه مع تساوي قيمتهما؛ لأنه لم يقصد بالوصية تكميل الحرية في كل واحد فلم يقرع، كما لو قال أعتقوا نصف سالم وإلا فنصف غانم.

**والثالثة:** إذا أعتق أمة حاملاً في مرض موته ولم يتسع الثلث لها ولحملها، قالوا: لا يجوز الإقراع؛ لأن الحمل تبع لأمه وجزء منها، ولا يجوز إفراده بالعتق دونها.

ب - لو أعتق أحد عبده فإنه يعين بالقرعة.

ويتخرج وجه آخر: يعتقه بتعيينه من الرواية السابقة في الطلاق.

ج - ولو أعتق عبداً من عبيده ثم أنسيه أو جهله ابتداءً، كمسألة الطائر المشهورة فإنه يخرج بالقرعة أيضاً.

لو قال: إن كان هذا الطائر غراباً فعبدي حرّاً، وقال آخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حرّاً وجهل أمره، فالمشهور: أنه لا يعتق واحد من العبدین، فإن اشترى أحد المالکین عبد الآخر، ففيه وجهان: أحدهما: يعتق ما اشتراه؛ لأن استدامته لاسترقاق عبده إقرار منه؛ أن عبد صاحبه هو الذي عتق، فإذا اشتراه - اشترى عبد صاحبه - نفذ إقراره على نفسه فعتق عليه. والثاني: يعتق أحدهما غير معين ثم يميز بالقرعة وهو أصح؛ لأن تمسكه بعبده إنما كان استصحاباً للأصل لا غير.

وأما الولاء فعلى الوجه الأول هو موقوف حتى يتصادقاً على أمر يتفقان عليه، وعلى الثاني إن وقعت الحرية على المشتري فكذلك، وإن وقعت على عبده فولأؤه له.

ويتوجه: أن يقال يقرع بينهما فمن قرع فالولاء له كما تقدم مثل ذلك في الولد الذي يدعيه أبوان وأولى؛ لأنه هاهنا إنما عتق على واحد غير معين وهناك يمكن أن يكون الولد لهما، وكذلك يقال لو كان عبد بين شريكين موسرين، فقال أحدهما: إن كان الطائر غراباً فنصيبه حرّاً، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فنصيبه حرّاً، فإن العبد يعتق على أحدهما وهو غير معلوم فيميز بالقرعة ويكون له الولاء.

هـ - لو قال لأمتي أول ما تلدينه حرّاً فولدت ولدين واشتبه أولهما خروجاً، فإنه يميز بالقرعة نصّ عليه؛ لأن العتق وقع على معين وجهل ابتداءً، ولو قال: أول غلام لي يطلع فهو حرّاً فطلع عبده كلهم، أو قال لزوجاته أيتكن طلع أولاً فهي طالق فطلعن كلهن، فنصّ أحمد: على أنه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة في رواية مهتاً.

ز - ما ذكره ابن أبي موسى، فقال: واختلف قوله في الرجل يقول لعبيده: أيكم جاءني بخبر كذا فهو حرّاً، فأتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أكثر،

على روايتين، قال في أحدهما: قد عتق واحد منهم فيقرع بينهم فمن قرع صاحبه فقد عتق، وقال في الأخرى: قد عتقا جميعاً. انتهى، فأما وجه عتقهما جميعاً فظاهر؛ لأن أياً من صيغ العموم، وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة فهو أن المتبادر إلى الأفهام من هذا التعليق الخصوص وأنه إنما أريد به عتق واحدٍ يجيء بالخبر.

ولو قال رجل: من سبق فله كذا فسبق اثنان معاً، ففيه وجهان: أحدهما: السبق المذكور بينهما كما لو قال: من رد ضالتي فله كذا فردها جماعة.

والثاني: لكل منهم سبق كامل؛ لأنه سابق بانفراده.

وحاصل الأمر في هذا الباب: أن المعلق عليه تارة يكون شيئاً واحداً لا تعدد فيه كرد الآبق ونحوه، فلا يتعدد المشروط بتعدد المحصلين له؛ لأنهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد فاشتركوا في استحقاق المرتب عليه، وتارة يكون قابلاً للتعدد وهو نوعان:

أحدهما: ما يكون التعدد فيه مقصوداً كدخول الدار ونحوه فيتعدد الاستحقاق على الصحيح، كما إذا قال: من دخل داري فهو حرٌّ أو فله درهم أو فهي طالق، وكذلك تجيء على هذا إذا قال: من جاءني فله درهم؛ لأنه تعدَّد الآتين.

والنوع الثاني: ما لا يكون التعدد فيه مقصوداً كالإتيان بالخبر، فهل يشترك الآتون به في الاستحقاق أم يختص به واحد منهم ويميز بالقرعة؟ فيه الخلاف الذي ذكره ابن أبي موسى، والذي نقله صالح عن أحمد: أنه يعتق الجميع، ونقل حنبل: أنه يُعتق واحد منهم بالقرعة، وحمل أبو بكر رواية صالح على أنه أراد العموم ورواية حنبل على أنه أراد واحداً غير معين وما ذكرنا أشبهه، وعلى هذا يتخرج مسألة أولاً كن يطلع على ما إذا قيل: إن الأولية صفة لكل واحد من المجتمعين؛ لأن هذا التعليق لم يقصد به إلا واحد غير معين لم يرد به الجميع، وأما إن قيل الأولية صفة للمجموع توجه وقوع العتق والطلاق على الكل.



ح - لو اشتبه عبده بعبيد غيره، قال القاضي: قياس المذهب يعتق عبده الذي يملكه عن واجب وغيره، ثم يقرع بينهم فيخرج عبده بالقرعة، ولو اشتبهت زوجته بأجنب فطلقها فله إخراجها بالقرعة ونكاح البواقي على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع فطلق الجميع ثلاثاً أنه يخرج أربعاً بالقرعة، ثم ينكح البواقي.

٥٨ - ولو اشتبهت أخته بأجنبيات، فقال القاضي في خلافه: لا يمتنع التمييز بالقرعة كما لو زوج إحدى بناته برجل واشتبه فيهن، فإنها تميز بالقرعة على المنصوص.

٥٩ - وفي غمِّ الأدلة لابن عقيل: لو اختلط عبده بأحرار لم يقرع، ولو اختلط من أعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه إلا بإجازة جاز أن يقرع بينهما؛ لأن القرعة لا تعمل في أكد التحريمين وتعمل في أيسرهما.



## فَصْلٌ

وهذه فوائد تلحق بالقواعد وهي فوائد مسائل مشتهرة فيها اختلاف في المذهب ينبنى على الاختلاف فيها فوائد متعددة:

## المسألة الأولى

**ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها؟**

وفي هذه المسألة روايتان عن الإمام أحمد:  
إحدهما: ما يدركه آخر صلاته وما يقضيه أولها، وهي ظاهر المذهب.  
والثانية: عكسها، ولهذا الاختلاف فوائد:

١ - محل الاستفتاح فعلى الأولى: يستفتح في أول ركعة يقضيها إذ هي أول صلاته نقلها حرب، وعلى الثانية: يستفتح في أول ركعة يدركها؛ لأنها أولته نقلها ابن أصرم.

٢ - التعوذ فعلى الأولى: يتعوذ إذا قام للقضاء خاصة، وعلى الثانية: يتعوذ في أول ركعة يدركها.

٣ - هيئة القراءة في الجهر والإخفات فإذا فاتته الركعتان الأولتان من المغرب أو العشاء جهر في قضائهما من غير كراهة نص عليه في رواية الأثرم، وإن أمّ فيهما وقلنا بجوازه سنّ له الجهر، وهذا على الرواية الأولى، وعلى الثانية: لا جهر هاهنا.

٤ - مقدار القراءة، ولأصحاب في ذلك طريقتان:

أحدهما: أنه إذا أدرك ركعتين من الرباعية فإنه يقرأ في المقضيتين بالحمد وسورة معها على كلا الروايتين.

والطريق الثاني: بناؤه على الروايتين فإن قلنا: ما يقضيه أول صلاته فكذا، وإلا اقتصر فيه على الفاتحة وهي طريقة القاضي ومن بعده.

٥ - قنوت الوتر إذا أدركه المسبوق مع من يصلي الوتر بسلام واحد فإنه يقع في محله ولا يعيده إن قلنا: ما يدركه آخر صلاته، وإن قلنا: أولها أعاده في آخر ركعة يقضيها.

٦ - تكبيرات العيد الزوائد إذا أدرك المسبوق الركعة الثانية من العيد، فإن قلنا: هي أول صلاته كبر خمساً في المقضية، وإلا كبر سبعاً.

٧ - إذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنازة فإن قلنا: ما يدركه آخر صلاته تابع الإمام في الذكر الذي هو فيه ثم قرأ في أول تكبيرة يقضيها، وإن قلنا: ما يدركه أول صلاته قرأ فيها بالفاتحة.

٨ - محل التشهد الأول في حق من أدرك من المغرب أو الرباعية ركعة، وفي المسألة روايتان: إحداهما: يتشهد عقيب قضاء ركعة.

والثانية: عقيب ركعتين نقلها حرب، والأولى اختيار أبي بكر والقاضي وذكر الخلال: أن الروايات استقرت عليها.

٩ - ومما يحسن تخريجه على هذا الخلاف ولم نجده منقولاً تطويل الركعة الأولى على الثانية، وترتيب السورتين في الركعتين، فأما رفع اليدين إذا أقام من التشهد الأول إذا قلنا باستحبابه - والمذهب: عدم استحبابه - فيحتمل أن يرفع إذا قام إلى الركعة المحكوم بأنها ثالثة سواء قام عن تشهد أو غيره، ويحتمل أن يرفع إذا قام من تشهده الأول المعتقد به سواء كان عقيب الثانية أو لم يكن؛ لأن محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد فيتبعه حيث كان، وهذا أظهر، والله أعلم.

### المسألة الثانية

**الزكاة هل تجب في عين النصاب أو ذمة مالكة؟**

اختلف الأصحاب في ذلك على طرق:

إحداها: أن الزكاة تجب في العين رواية واحدة، وهي طريقة ابن أبي موسى والقاضي - وهذا هو المذهب -.

والثانية: أن الزكاة تجب في الذمة رواية واحدة، وهي طريقة أبي الخطاب في الانتصار وصاحب التلخيص متابعة للخرقي.

والثالثة: أنها تجب في الذمة وتتعلق بالنصاب وقع ذلك في كلام القاضي وأبي الخطاب وغيرهما، وهي طريقة الشيخ تقي الدين.

وللاختلاف في محل التعلق؛ هل هو العين أو الذمة؟ فوائد كثيرة:

١ - إذا ملك نصاباً واحداً ولم يؤد زكاته أحوالاً فإن قلنا: الزكاة في العين وجبت زكاة الحَوْل الأول دون ما بعده، ونص عليه أحمد واختاره أكثر الأصحاب؛ لأن قدر الزكاة زال الملك فيه على قول، وعلى آخر ضعف الملك فيه.

وإن قلنا: الزكاة في الذمة وجبت لكل حَوْلٍ إلا إذا قلنا: إن دين الله وَعَلَى يمنع الزكاة وهذا فيما كانت زكاته من جنسه، فأما إن كانت من غير جنسه كالإبل المزكاة بالغنم تكررت زكاته لكل حَوْلٍ على كلا القولين نص عليه مُعَلِّلاً بأنه لم يستحق إخراج جزء منه فيبقى الملك فيه تاماً وهذا ما ذكر الأكثرون.

وذكر الشيرازي في المبهج: أنه كالأول لا يجب فيه سوى زكاة واحدة، ومتى استأصلت الزكاة المَالَ سقطت بعد ذلك صرّح به في التلخيص، ونص أحمد في رواية مهناً على وجوبها في الدين بعد استغراقه بالزكاة، فإما أن يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذمة وإما أن يفرق بين الدين والعين بأن الدين وصف حكمي لا وجود له في الخارج فتتعلق زكاته بالذمة رواية واحدة، ولكن نص أحمد في رواية غير واحد على التسوية بين الدين والعين في امتناع الزكاة فيما بعد الحَوْل الأول وصرّح بذلك أبو بكر وغيره.

تنبيه: تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة في الحَوْل الثاني وما بعده، وهل هو مانع من انعقاد الحَوْل الثاني ابتداءً؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه مانع منه؛ لقصور الملك، فهو كدين الآدمي وأولى؛ لتعلقه بالعين، وهو قول القاضي في شرح المذهب وصاحب المغني.

والثاني: أنه غير مانع من الانعقاد، وهو قول القاضي في المجرد، وابن عقيل، ونقل صاحب المحرر الاتفاق عليه، فلو أخرج الزكاة الأولى من غير

النصاب في أثناء الحَوْل الثاني، بنى الحَوْل الثاني على الأول من غير فصل بينهما على هذا، وعلى الأول يستأنفه من حين الإخراج.

٢ - إذا تلف النصاب أو بعضه قبل التمكن من أداء الزكاة وبعد تمام الحَوْل، فالمذهب المشهور: أن الزكاة لا تسقط بذلك، إلا زكاة الزروع والثمار إذا تلفت بجائحة قبل القطع، فتسقط زكاتها اتفاقاً؛ لانتهاء التمكن من الانتفاع بها.

وعن أحمد رواية ثانية: بالسقوط، فمنهم من قال: هي عامة في جميع الأموال، ومنهم من خصّها بالمال الباطن دون الظاهر، ومنهم من عكس ذلك، ومنهم من خصّها بالمواشي.

فوجه استقرار الوجوب مطلقاً: أنا إن قلنا: التعلق بالذمة، فظاهر، وإن قلنا: بالعين، فلأن وجوبها كان شكراً لنعمه ثم سببها - وهو ملك النصاب النامي - وشرطها - وهو الحَوْل -، فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولاً؛ كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الإجارة، ووجه السقوط مطلقاً - أنا إن قلنا: تعلقها بالعين، فواضح؛ كالأمانات والعبد الجاني، وإن قلنا: بالذمة، فالوجوب إنما يستقر فيها بالتمكن من الفعل، كالصلاة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مواساةً للفقراء من المال، فتسقط بتلفه وفقر صاحبه.

٣ - إذا مات من عليه زكاة ودين، وضاعت التركة عنهما، فالمنصوص عن أحمد أنهما يتحصان، واختلف الأصحاب في ذلك، فمنهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين في محل الزكاة - الذمة والعين -، لأننا إن قلنا: هو الذمة، فقد تساوى في محل التعلق، وفي أن في كل منهما حقاً لآدمي، وتمتاز الزكاة بما فيها من حق الله ﷻ، وإن قلنا: العين، فدين الآدمي يتعلق بعد موته بالتركة أيضاً، فيتساويان، وهذه طريقة أبي الخطاب وصاحب المحرر، ومنهم من حمل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة لاستوائها في محل التعلق فأما على القول بتعلقها بالنصاب فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين كدين الرهن وهذه طريقة القاضي في المجرد والسامري، وفي كلام أحمد إيماء إليها . . . . . فأما إن كان المالك حياً وأفلس فظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم: أنه يقدم الدين على الزكاة؛ لأن تأخير إخراج الزكاة سائغ للعذر

وهو محتاج هاهنا إلى إسقاط مطالبة الأدمي له وملازمته وحبسه فيكون عذرا له في التأخير بخلاف ما بعد الموت فإنه لو قدم دين الأدمي لفاتت الزكاة بالكلية، وظاهر كلام الأكثرين: أنه تقدم الزكاة حتى في حالة الحجر وهذا قد يتنزل على القول بالوجوب في العين إلا أن صاحب شرح الهداية صرح بتقديمها على كلا القولين مع بقاء النصاب كقوله فيما بعد الموت على ما سبق.

٤ - إذا كان النصاب مرهوناً ووجبت فيه الزكاة فهل تؤدي زكاته منه؟  
إذ الزكاة لا تسقط بتلف النصاب، بل تتعلق بالذمة، فهي كدَيْنٍ برهنٍ، هاهنا حالتان:

**إحدهما:** أن لا يكون له مال غيره يؤدي منه الزكاة فتؤدي الزكاة من عينه والأظهر في هذا أن يقال: تعلق الزكاة قهري وتعلق الرهن اختياري، والقهري أقوى كالجناية أو يقال هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي والتعلق بسبب المال يقدم كجناية العبد المرهون.

**الحالة الثانية:** أن يكون للمالك مال يؤدي منه الزكاة غير الرهن فليس له أداء الزكاة منه بدون إذن المرتهن على المذهب، وذكره الخرقى أيضاً؛ لأن تعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن في الرهن بدون إذن والزكاة لا يتعين إخراجها منه.

٥ - التصرف في النصاب أو بعضه بعد الحَوْل ببيع أو غيره، والمذهب: صحته ونصّ عليه أحمد قال الأصحاب: وسواء قلنا الزكاة في العين أو في الذمة، وعلى المذهب فلو باع النصاب كله تعلقت الزكاة بذمته حينئذٍ بغير خلاف كما لو تلف، فإن عجز عن أدائها فطريقان:

**أحدهما:** ما قاله صاحب شرح الهداية: إن قلنا: الزكاة في الذمة ابتداء لم يفسخ البيع كما لو وجب عليه دين الأدمي وهو موسر فباع متاعه ثم أعسر، وإن قلنا: في العين فسخ العقد في قدرها تقديماً لحق المساكين لسبقه.

**والثاني:** ما قاله صاحب المغني: إنها تتعين في ذمته كسائر الديون بكل حال، ثم ذكر احتمالاً بالفسخ في مقدار الزكاة من غير بناء على محل التعلق.

٦ - لو كان النصاب غائباً عن مالكه لا يقدر على الإخراج منه لم يلزمه إخراج زكاته حتى يتمكن من الأداء منه، نصّ عليه أحمد؛ لأن الزكاة مواساة فلا يلزم أداؤها قبل التمكن من الانتفاع بالمال المواسى منه، ونصّ أحمد في رواية ابن تواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه: أنه لا يلزمه أداء زكاته حتى يقبضه؛ لأن عوده مرجو بخلاف التالف بعد الحول.

٧ - إذا أخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه فهل يحسب ما أخرجه من رأس المال ونصيبه من الربح، أم من نصيبه من الربح خاصة؟ على وجهين معروفين بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محل التعلق، فإن قلنا: الذمة فهي محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون، وإن قلنا: العين حسبت من الربح كالمؤونة؛ لأن الزكاة إنما تجب في المال النامي فيحسب من نمائه، ويمكن أن ينبنى على هذا الأصل أيضاً الوجهان في جواز إخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة، فإن قلنا: الزكاة تتعلق بالعين فله الإخراج منه، وإلا فلا وفي كلام بعضهم إيماء إلى ذلك.

وأما حق رب المال فليس للمضارب تزكيته بدون إذنه نصّ عليه في رواية المروذي اللهم إلا أن يصير المضارب شريكاً فيكون حكمه حكم سائر الخطاء، والله أعلم.

### المسألة الثالثة

**المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول، هل يضم إلى النصاب أو يفرد عنه؟**

إذا استفاد مالاً زكواً من جنس النصاب في أثناء حوله<sup>(١)</sup> فإنه يفرد بحول عندنا، ولكن هل نضمه إلى النصاب في العدد - أي: يضم إلى الأول في العدد، ويزكى زكاة مستقلة عن الأول إذا تم حوله - أو نخلطه به ويزكيه زكاة خلطة - مع الأول - أو يفرده بالزكاة كما أفرده بالحول - أي: يزكى مستقلاً عن الأول -؟ فيه ثلاثة أوجه.

(١) كما لو كان عنده ذهب، ثم التهب ذهباً آخر.

- مثال ذلك: لو ملك أربعين شاةً في محرم ثم ملك أربعين أخرى في صفر، فعلى القول الأول يخرج شاة واحدة عن الأربعين الأولى عند تمام حولها، وعند تمام حول الثانية لا يخرج شيئاً؛ لأنها مضمومة إلى الأولى في العدد فصار كالمال الواحد، وعلى القول الثاني يجب فيها عند تمام حولها نسبتها من الشاة؛ أي: نصفها كحالها في الخلطة وتكون الشاة المخرجة عنها وعن الأولى، وعلى القول الثالث يجب فيها شاة كاملة كالمال المستقل.

فإذا تقرر هذا فالمستفاد لا يخلو من أربعة أقسام:

**القسم الأول:** أن يكون نصاباً مغيراً للفرض مثل أن يملك أربعين شاة ثم إحدى وثمانين بعدها ففي الأربعين شاة عند حولها، فإذا تم حَوْل الثانية فوجهان:

أحدهما: فيها شاة أيضاً وهو متخرج على وجهي الضم والانفراد<sup>(١)</sup>.

والثاني: فيها شاة واحد وأربعون جزءاً من أصل مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة وهو وجه الخلطة؛ لأن ذلك حصة المستفاد من الشاتين الواجبتين في الجميع<sup>(٢)</sup>.

**القسم الثاني:** أن تكون الزيادة نصاباً لا يغير الفرض كمن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها<sup>(٣)</sup>، ففي الأولى إذا تم حولها شاة فإذا تم حَوْل الثانية فثلاثة أوجه:

أحدها: لا شيء فيها وهو وجه الضم؛ لأن الزيادة بالضم تصير وقصاً.

والثاني: فيها شاة وهو وجه الانفراد.

والثالث: فيها نصف شاة وهو وجه الخلطة.

**القسم الثالث:** أن تكون الزيادة لا تبلغ نصاباً ولا تغير الفرض كمن

(١) إذ الأربعون فيها شاة، ثم ليس فيها شيء حتى تبلغ مائة وإحدى وعشرين شاة ففيها شاتان.

(٢) فعن الثمانين شاة، وعن الشاة الباقية جزء من مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة.

(٣) إذ لا يتغير الفرض إلا بمائة وإحدى وعشرين ففيها شاتان.



ملك أربعين من الغنم ثم ملك بعدها عشرين ففي الأول إذا تم حولها شاة، فإذا تم حول الثانية فوجهان: أحدهما: لا شيء فيها وهو متوجهٌ على وجهي الضم - في العدد - والانفراد.

والثاني: فيها ثلث الشاة وهو وجه الخلطة.

القسم الرابع: أن لا تبلغ الزيادة نصاباً، وتغير الفرض كمن ملك ثلاثين من البقر ثم عشرين بعدها فإذا تم حول الأولى ففيها تباع فإذا تم حول الزيادة، فقال الأصحاب: يجب فيها ربع مسنة - إذ الأربعون فيها مسنة - ولم يذكروا فيها خلافاً، ومنهم من صرح بنفي الخلاف.

### المسألة الرابعة

#### الملك في مدة الخيار هل ينتقل إلى المشتري أم لا؟

في هذه المسألة روايتان عن الإمام أحمد أشهرهما: انتقل الملك إلى المشتري بمجرد العقد وهي المذهب. وللروايتين فوائد عديدة:

- ١ - وجوب الزكاة فإذا باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً فركاته على المشتري على المذهب سواء فسخ العقد أو أمضى، وعلى الرواية الثانية: الزكاة على البائع إذا قيل الملك باقٍ له.
- ٢ - لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهلاً هلال الفطر وهو في مدة الخيار فالفطرة على المشتري على المذهب، وعلى البائع: على الثانية.
- ٣ - لو كسب المبيع في مدة الخيار كسباً، أو نما نماء منفصلاً فهو للمشتري فسخ العقد أو أمضى، وعلى الثانية: هو للبائع.
- ٤ - مؤنة الحيوان والعبد المشتري بشرط الخيار يجب على المشتري على المذهب، وعلى البائع على الثانية.
- ٥ - إذا تلف المبيع في مدة الخيار فإن كان بعد القبض، أو لم يكن مبهماً - كمدمن صبرة بُرٍّ - فهو من مال المشتري على المذهب: وعلى الثانية: من مال البائع.

٦ - لو تعيب المبيع في مدة الخيار فعلى المذهب: لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري؛ لانتفاء القبض، وعلى الثانية: له الرد بكل حال.

٧ - تصرف المشتري في مدة الخيار، فلا يجوز إلا بما يحصل به تجربته إلا أن يكون الخيار له وحده كذا ذكر الأصحاب.

وعلى الرواية الثانية: يجوز التصرف للبائع وحده؛ لأنه مالك، ويملك الفسخ فإن الخيار وقع لغرض الفسخ دون الإمضاء.

فأما حكم نفوذ التصرف وعدمه فالمشهور في المذهب: أنه لا ينفذ بحال إلا بالعتق، ونقل مهناً وغيره عن أحمد: أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار، هذا إذا كان الخيار لهما، فإن كان للبائع وحده فكذلك في تصرف المشتري الروايتان.

وإن كان الخيار للمشتري وحده صح تصرفه، ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما لانقطاع حق البائع ها هنا، وظاهر كلام أحمد في رواية حرب: أنه لا ينفذ حتى يتقدمه إمضاء العقد، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً؛ لقصور الملك فلو تصرف المشتري مع البائع والخيار لهما صح، ذكره صاحب المغني والمحرم.

٨ - الوطاء في مدة الخيار فإن وطئ المشتري فلا شيء عليه؛ لأن الملك له، وإن وطئ البائع فإن كان جاهلاً بالتحريم فلا حدّ عليه، وإن كان عالماً فالمنصوص عن أحمد في رواية مهناً: أنه يجب عليه الحد وهو اختيار الأكثرين؛ لأنه وطاء لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك وهو محرم بالإجماع فوجب به الحد كوطء المرتهن، ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن الملك لا ينفسخ بوطئه أما إن اعتقد أنه ينفسخ بوطئه فلا حدّ؛ لأن تمام الوطاء وقع في ملك فتمكنت شبهة فيه.

٩ - ترتب موجبات الملك من الانعتاق بالرحم أو بالتعليق - إذا اشترى من يعتق عليه كذي الرحم المحرم منه، أو علق عتقه بملكه - وانفساخ النكاح ونحوها - إذ اشترى زوجته الأمة - فيثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب.

وعلى الثانية: لا يثبت إلا بعد انقضائه.

١٠ - ولو حلف لا يبيع فباع بشرط الخيار خرج على الخلاف أيضاً

ذكره القاضي، وأنكر الشيخ مجد الدين ذلك وقال بحثه على الروایتين.

١١ - الأخذ بالشُّفعة فلا يثبت في مدة الخيار على الروایتين عند أكثر

الأصحاب - فإذا باع الشريك بشرط الخيار، فليس لشريكه أن يشفع -.

١٢ - إذا باع أحد الشريكين شِقْصاً بشرط الخيار فباع الشفيع حصته في

مدة الخيار، فعلى المذهب: يستحق المشتري الأول انتزاع شِقْص الشفيع من يد مشتريه؛ لأنه شريك الشفيع حالة بيعه.

وعلى الثانية: يستحقه البائع الأول؛ لأن الملك باقٍ له.

١١ - لو باع الملتقط اللقطة بعد الحَوْل بشرط الخيار، ثم جاء ربها في

مدة الخيار، فإن قلنا: لم ينتقل الملك فالرد واجب، وإن قلنا بانتقاله فوجهان: المجزوم به في الكافي: الوجوب.

١٢ - لو باع حلال صيداً بشرط الخيار ثم أحرم في مدة الخيار، فإن

قلنا: انتقل الملك عنه فليس له الفسخ؛ لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه، وإن قلنا: لم ينتقل الملك عنه فله ذلك، ثم إن كان في يده المشاهدة<sup>(١)</sup> أرسله وإلا فلا.

١٣ - لو باعت الزوجة قبل الدخول الصِّداق بشرط الخيار، ثم طلقها

الزوج في المدة، فإن قلنا: الملك انتقل عنها ففي لزوم استردادها وجهان، وإن قلنا: لم يزل لزمها استردادها وجهاً واحداً.

١٤ - لو باع أمةً بشرط الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع الاستبراء

على المذهب، وعلى الثانية: لا يلزمه لبقاء الملك.

١٥ - لو اشترى أمةً بشرط الخيار واستبرأها في مدة الخيار، فإن قلنا:

الملك لم ينتقل إليه لم يكفه ذلك الاستبراء - فلا بد من الاستبراء بعد الملك -

(١) المشاهدة: بفتح الهاء اسم مفعول من شوهد مثل: أن يكون حاملاً قفصاً هو فيه، أو حامله، أو ممسكاً بحبله ونحوه.

والحكمة: أن يكون الصيد في ملكه ولا يكون معه مثل كونه في بلده. [المطلع ١/ ١٧٤].

وإن قلنا: بانتقاله ففي الهداية والمغني . . يكفي، وفي الترغيب والمحرم وجهان؛ لعدم استقرار الملك.

### المسألة الخامسة

#### الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟

في المسألة روايتان منوصتان اختار الخرقى والقاضي والأكثر: أنها فسخ - وهو المذهب - .

ولهذا الخلاف فوائد عديدة:

١ - إذا تقايلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه فيجوز على قولنا: هي فسخ، ولا يجوز على الثانية.

٢ - هل يجوز في المكيل والموزون بغير كيل ووزن؟ إن قلنا: هي فسخ جازت كذلك، وإن قلنا: هي بيع فلا .

٣ - إذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنس الثمن فإن قلنا: هي فسخ، لم يصح؛ لأن الفسخ رفع للعقد فيترادان العوضين على وجههما، وإن قلنا: هي بيع فوجهان، والثاني: لا يصح وهو المذهب؛ لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه ورجوع كل واحد إلى ماله فلم يجز بأكثر من الثمن.

٤ - تصح الإقالة بلفظ الإقالة والمصالحة إن قلنا: هي فسخ، ذكره القاضي وابن عقيل، وإن قلنا: هي بيع لم ينعقد بذلك صرح به القاضي، وظاهر كلام كثير من الأصحاب: انعقادها بذلك فتكون معطاة.

٥ - إذا قلنا هي فسخ لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه وتميزه عن غيره، ويشترط ذلك على القول بأنها بيع ذكره صاحب المغني.

٦ - وهل تصح مع تلف السلع؟ على طريقتين:

أحدهما: لا تصح على الروايتين وهي طريقة القاضي في موضع من خلافه وصاحب المغني.

والثاني: إن قلنا: هي فسخ صحت وإلا لم تصح، قال القاضي في موضع من خلافه: هو قياس المذهب.

٧ - تصح الإقالة بعد النداء للجمعة إن قلنا: هي فسخ، إن قلنا: هي بيع لم تصح.

٨ - إذا نما المبيع نماء منفصلاً ثم تقايلا، فإن قلنا: الإقالة بيع لم يتبع النماء بغير خلاف، وإن قلنا: فسخ فقال القاضي: النماء للمشتري، وينبغي تخريجه على وجهين كالرد بالعيب، والرجوع للمفلس<sup>(١)</sup>.

٩ - باعه نخلاً حائلاً ثم تقايلا وقد اطلع، فإن قلنا: المقابلة بيع فالثمرة إن كانت مؤبّرة فهي للمشتري الأول وإن لم تكن مؤبّرة فهي للبائع الأول، وإن قلنا: هي فسخ تبعت الأصل بكل حال سواء كانت مؤبّرة أو لا؛ لأنه نماء متصل ذكره في المغني، وقد سبقت المسألة في قاعدة النماء<sup>(٢)</sup>.

١٠ - هل يثبت فيها خيار المجلس؟ إن قلنا: هي فسخ لم يثبت الخيار، وإن قلنا: هي بيع ففي التلخيص: يثبت الخيار كسائر العقود ويحتمل عندي: أن لا يثبت أيضاً؛ لأن الخيار وضع للنظر في الحظ، والمقيل دخل على أنه لا حظ له، وإنما هو متبرّع والمستقيل لم يطلب الإقالة بعد لزوم العقد إلا بعد تروّ ونظر.

١١ - هل ترد بالمعيب؟ إن قلنا: هي بيع رُدّت به، وإن قلنا: هي فسخ فيحتمل أن لا تُرد به؛ لأن الأصحاب قالوا الفسخ لا يفسخ، ويحتمل أن يرد به كما جَوّزوا فسخ الإقالة والرد بالعيب لأخذ الشفيع<sup>(٣)</sup>، وأفتى الشيخ تقي الدين بفسخ الخلع بالعيب في عوضه، وبفوات صفة فيه، وبإفلاس الزوجة به.

١٢ - الإقالة في المسلم فيه قبل قبضه وفيها طريقان:

أحدهما: بناءهما على الخلاف فإن قلنا هي فسخ جازت، وإن قلنا: بيع

(١) ينظر: قاعدة النماء المنفصل. (٢) ينظر: قاعدة النماء المتصل.

(٣) فإذا باع الشريك نصيبه، ثم شفع شريكه، وأخذ النصيب من المشتري فوجد به عيباً فله الرد أو الفسخ.

لم يجز وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتهما وصاحب الروضة وابن الزاغوني.

**والثانية:** جواز الإقالة فيه على الروایتين، وهي طريقة الأكثرين ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك.

١٣ - باعه جزءاً مشاعاً من أرضه ثم تقايلا، فإن قلنا: الإقالة فسخ لم يستحق المشتري ولا من حدث له شركة في الأرض قبل المقابلة الشفعة، وإن قلنا: هي بيع ثبتت لهم الشفعة.

١٤ - وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفا الآخر عن شفيعته ثم تقايلا - الشريك الأول والمشتري -، وأراد العافي - الشريك الثاني - أن يعود إلى الطلب، فإن قلنا: الإقالة فسخ لم يكن له ذلك، وإلا فله الشفعة.

١٥ - اشترى شقصاً مشفوعاً ثم تقايلاه قبل الطلب<sup>(١)</sup>، فإن قلنا: هي بيع لم يسقط كما لو باعه لغير بائه، وإن قلنا: فسخ، فقل: لا تسقط أيضاً وهو قول القاضي وأصحابه؛ لأن الشفعة استحققت بنفس البيع فلا تسقط بعده، وقيل: يسقط وهو المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم.

١٦ - هل يملك المضارب أو الشريك الإقالة فيما اشتراه؟ من الأصحاب من قال: إن قلنا: الإقالة بيع ملكه، وإلا فلا؛ لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهي طريقة ابن عقيل في موضع من فصوله، والأكثر على أنه يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ بالخيار.

١٧ - هل يملك المفلس بعد الحجر المقابلة لظهور المصلحة؟ إن قلنا: هي بيع لم يملكه، وإن قلنا: فسخ فالأظهر: أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار قائم، أو عيب ولا يتقيد بالأحظ على الأصح؛ لأن ذلك ليس بتصرف مستأنف، بل من تمام العقد الأول ولواحقه.

(١) مثاله: باع الشريك نصيبه من الأرض، ثم إن المشتري من الشريك طلب الإقالة من الشريك البائع، قبل طلب شريك بالشفعة، فهل للشريك أن يشفع عند حصول الإقالة؟

١٨ - لو وهب الوالد لابنه شيئاً فباعه ثم رجع إليه بإقالة، فإن قلنا: هي بيع امتنع رجوع الأب فيه، وإن قلنا: هي فسخ فوجهان.

١٩ - وكذلك حكم المفلس إذا باع السلعة ثم عادت إليه بإقالة ووجدها بائعها عنده - إن قلنا: بيع امتنع الرجوع، وإن قلنا: فسخ رجع -.

٢٠ - باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض، فهل يلزمه استبرأؤها؟ فيه طريقان:

أحدهما: قاله أبو بكر وابن أبي موسى إن قلنا: الإقالة بيع وجب الاستبراء، وإن قلنا: فسخ لم يجب.

والثاني: أن في المسألة روايتين مطلقاً من غير بناء على هذا الأصل.

٢١ - لو حلف لا يبيع أو ليبيعن أو علق على البيع طلاقاً أو عتقاً ثم أقال، فإن قلنا: هي بيع ترتبت عليها أحكامه من البر والحنث وإلا فلا، وقد يقال الأيمان تبنى على العرف وليس في العرف أن الإقالة بيع.

٢٢ - تقايلا في بيع فاسد ثم حكم الحاكم بصحة العقد ونفوذه فهل يؤثر حكمه؟ إن قلنا: هي بيع فحكمه بصحة العقد الأول صحيح؛ لأن العقد باق وقد تأكد بترتب عقد آخر عليه، وإن قلنا: هي فسخ لم ينفذ؛ لأن العقد ارتفع بالإقالة فصار كأنه لم يوجد، ويحتمل أن ينفذ وتلغى الإقالة؛ لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً.

٢٣ - لو باع ذميّ ذميّاً آخر خمراً وقُبِضت الخمر دون ثمنها، ثم أسلم البائع، وقلنا يجب له الثمن فأقال المشتري فيها، فإن قلنا: الإقالة بيع لم يصح؛ - لأن الخمر سترجع للمسلم - وشراء المسلم للخمر لا يصح، وإن قلنا: هي فسخ احتمل أن يصح فيرتفع بها العقد ولا يدخل في ملك المسلم فهي في معنى إسقاط الثمن عن المشتري واحتمل أن لا يصح؛ لأنه استرداد لملك الخمر.

٢٤ - الإقالة هل تصح بعد موت المتعاقدين؟ ذكر القاضي في موضع من

خلافه: أن خيار الإقالة يبطل بالموت ولا يصح بعده، وقال في موضع آخر: إن قلنا: هي بيع صحت من الورثة، وإن قلنا: فسخ فوجهان.

### المسألة السادسة

#### النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا؟

في المسألة روايتان عن أحمد أشهرهما: أنها تتعين بالتعيين؛ ولهذا الخلاف فوائد كثيرة.

١ - أنه يحكم بملكها للمشتري بمجرد التعيين فيملك التصرف فيها، وإذا تلفت تلفت من ضمانه على المذهب، وعلى الرواية الأخرى: لا يملكها بدون القبض فهي قبله ملك البائع وتلف من ضمانه.

٢ - لو بان الثمن مستحقاً فعلى المذهب: يبطل العقد؛ لأنه وقع على ملك الغير فهو كما لو اشترى سلعة فبانست مستحقة، وعلى الثانية: لا تبطل وله البدل.

٣ - إذا بان النقد المعين معيياً، فله حالتان:

أحدهما: أن يكون عيبه من غير جنسه - إن وجد الدنانير رصاصاً أو الدراهم نحاساً - فيبطل العقد من أصله ذكره الأصحاب، وعملوه: بأنه زال عنه اسم الدينار والدراهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبانست حماراً، وهذا مُتَوَجِّهٌ إذا كان كله أو غالبه كذلك، وأما إن كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكلية فلا ينبغي بطلان العقد ها هنا بالكلية.

الحالة الثانية: أن يكون عيبها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسَّوَادِ في

الفضة، - والبياض في الذهب - فالبائع بالخيار بين الإمساك والفسخ وليس له البدل لتعيين النقد في العقد ومتى أمسك فله الأرش إلا في صرفها بجنسها - كذهبٍ بذهبٍ - فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود، فأما على الأخرى: فلا يبطل العقد بحال إلا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس لفوات قبض



المعقود عليه في المجلس ولا فسخ بذلك، وإنما يثبت به البذل دون الأرض؛ لأن الواجب في الذمة دون المعين.

٤ - إذا باعه سلعة بنقد معين - كما لو اشترى هذا البُرَّ بهذا الدينار - فعلى المشهور لا يجبر واحد منهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عدل يقبض منهما ثم يقبضهما لتعلق حق كل واحد منهما بعين معينة فهما سواء، وعلى الرواية الأخرى: هو كما لو باعه بنقد في الذمة - أي: غير معين - فيجبر البائع أولاً على التسليم؛ لتعلق حق المشتري بالعين دونه، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وتأوله القاضي على أن البيع وقع على ثمن في الذمة.

٥ - لو باعه سلعة بنقد معين - كهذا الدينار - ثم أتاه به فقال هذا الثمن وقد خرج معيماً وأنكر المشتري، فإن قلنا: النقود تتعين بالتعيين فالقول قول المشتري؛ لأنه - أي: البائع - يدعي عليه استحقاق الرد والأصل عدمه، وإن قلنا: لا تتعين، فوجهان:

أحدهما: القول قول المشتري أيضاً؛ لانه أقبض في الظاهر ما عليه.

والثاني: قول القابض - للثمن - لأن الثمن في ذمته - بالقبض - والأصل اشتغالها به، إلا أن يثبت براءتها منه وهذه طريقة السامري في المستوعب.

والطريقة الثانية: إن قلنا: النقود لا تتعين فالقول قول البائع وجهاً واحداً؛ لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن ولم يثبت براءتها منه، وإن قلنا: تتعين فوجهان.

٦ - لو كان عبد بين شريكين، قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير فقال رجل - يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها - لأحدهما اعتق نصيبك على هذه الدنانير العشرة ففعل عتق نصيب المسؤول وهل يسري إلى حصة الآخر أم لا؟ إن قلنا: إن النقود تتعين لم يسر؛ لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد فلم يبق في ملك السائل شيء فصار معسراً، وإن قلنا: لا تتعين سرى إلى حصة الشريك كما لو اشترى ذلك النصيب بثمن في الذمة؛ لأنه مالك لقيمة حصة الآخر ذكره السامري، ويفيد هذا أن الدين المستغرق لا يمنع السراية.

## المسألة السابعة

### العبد هل يملك بالتمليك أم لا؟

في المسألة روايتان عن أحمد:

أشهرهما عند الأصحاب: أنه لا يملك.

والثانية: يملك، ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً:

١ - لو ملك السيد عبده مالاً زكويّاً فإن قلنا: لا يملكه فزكاته على السيد؛ لأنه ملكه، وإن قلنا: يملكه فلا زكاة على السيد؛ لانتهاء ملكه له ولا على العبد؛ لأن ملكه منزل ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأقارب، ولا يعتق عليه رحمه بالشراء هذا ما قال أكثر الأصحاب، وفي كلام أحمد إيماء إليه.

٢ - إذا ملكه السيد عبداً وأهل عليه هلال الفطر، فإن قلنا: لا يملكه ففطرته على السيد، وإن قلنا: يملكه فوجهان:

أحدهما: لا فطرة له على أحد، قاله القاضي وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال كما سبق. والثاني: فطرته على السيد، صححه صاحب المغني؛ لأن نفقته على السيد، وكذلك فطرته.

٣ - تكفيره بالمال في الحج والأيمان والطّهارة ونحوها، فطريقة القاضي وأبي الخطاب وابن عقيل وأكثر المتأخرين: البناء على ملكه وعدمه فإن قلنا: يملك فله التكفير بالمال في الجملة وإلا فلا وهذه؛ لأن التكفير بالمال يستدعي ملك المال.

وعلى القول بالملك فإنه يكفر بالإطعام وهل يكفر بالعتق؟ على روايتين؛ لأن العتق يقتضي الولاء والولاية والإرث وليس العبد من أهلها، وهل يلزمه التكفير بالمال أو يجوز له مع أجزاء الصيام؟ المتوّجّه: إن كان في ملكه مال فأذن له السيد بالتكفير منه لزمه ذلك، وإن لم يكن في ملكه بل أراد السيد أن يملكه ليكفر لم يلزمه كالحُرِّ المُعْسِرِ إذا بُذِلَ له مال.

٤ - إذا باع عبداً وله مال، وفيه للأصحاب طرق منها:

إحداها: البناء على ملك العبد وعدمه، فإن قلنا: يملك لم يشترط معرفة

المال ولا سائر شرائط البيع فيه؛ لأنه غير داخل في العقد وإنما اشترط تبقّيته على ملك العبد ليكون عبداً ذا مال وذلك صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة وهو كبيع المكاتب الذي له مال، وإن قلنا: لا يملك اشترط لماله معرفته، وأن يبيعه بغير جنس المال أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط التقابض؛ لأن المال حينئذٍ داخل في عقد البيع وهذه طريقة القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب في انتصاره وغيرهم.

**والطريقة الثانية:** اعتبار قصد المال وعدمه لا غير، فإن كان المال مقصوداً للمشتري اشترط علمه وسائر شروط البيع وإن كان غير مقصود بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع به وحده لم يشترط ذلك؛ لأنه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هي المنصوصة عن أحمد وأكثر أصحابه - وهو المذهب - وكلامه ظاهر في الصحة، وإن قلنا: إن العبد لا يملك وترجع المسألة على هذه الطريقة إلى بيع ربوي بغير جنسه ومعه من جنسه ما هو غير مقصود، وقد استوفينا الكلام عليها في القواعد<sup>(١)</sup> ورجح صاحب المغني هذه الطريقة.

٥ - إذا أذن المسلم لعبده الذمي أن يشتري له بماله عبداً مسلماً فاشتره فإن قلنا: يملك لم يصح شراؤه له، وإن قلنا: لا يملك صح وكان ملكاً للسيد، قال الشيخ مجد الدين: هذا قياس المذهب عندي.

٦ - تسري العبد، وفيه طريقتان:

**أحدهما:** بناؤه على الخلاف في ملكه فإن قلنا: يملك جاز تسريه وإلا فلا؛ لأن الوطاء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهي طريقة القاضي والأصحاب بعده.

**والثانية:** يجوز تسريه على كلا الرويتين، وإن قيل: إنه لا يملك اتباعاً للصحابة.

ونقل عنه أبو طالب وإبراهيم بن هانئ: يتسرى العبد في ماله كان ابن عمر يتسرى عبيده في ماله فلا يعيب عليهم.

(١) مسألة مُدَّ عَجوة ينظر القاعدة: [الثالثة عشر بعد المائة].

٧ - لو باع السيد عبده لنفس العبد بمال في يده فهل يعتق أم لا؟ المنصوص عن أحمد: أنه يعتق بذلك ذكره الخرقي مع قوله: إن العبد لا يملك، ونزله القاضي على القول بالملك فيكون دخول السيد مع عبده في بيعه نفسه بماله إقراراً له على ملكه فيصح بيعه ويعتق، وإن قلنا: لا يملك لم يصح بيعه فلا يعتق، ويحتمل أن يقال: بيعه نفسه هنا كناية عن عتقه فيعتق به بكل حال.

٨ - إذا أعتق السيد عبده وله مال فهل يستقر ملك المال للعبد أم يكون للسيد؟ على روايتين، فمنهم من بناهما على القول بالملك وعدمه، فإن قلنا: يملكه استقر ملكه عليه بالعتق وإلا فلا وهي طريقة أبي بكر والقاضي وصاحب المحرر.

٩ - لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله، فإن قلنا: يملك انفسخ نكاحه، وإن قلنا: لا يملك لم ينفسخ.

١٠ - لو ملكه سيده أمة فاستولدها، فإن قلنا: لا يملك فالولد ملك السيد، وإن قلنا: يملك فالولد مملوك للعبد لكنه لا يعتق عليه حتى يعتقه سيده فإذا عتق ولم ينزعه منه قبل عتقه عتق عليه لتمام ملكه حينئذٍ، ذكره القاضي في المجرد.

١١ - هل ينفذ تصرف السيد في مال العبد دون استرجاعه؟ إن قلنا: العبد لا يملك صح، وإن قلنا: يملك فظاهر كلام أحمد: أنه ينفذ عتق السيد لرقيق عبده، قال القاضي في «الجامع الكبير»: فيحتمل أن يكون رجع فيه قبل عتقه، قال: وإن حمل على ظاهره فلا أن عتقه يتضمن الرجوع في التملك.

١٢ - الوقف على العبد فنص أحمد على أنه لا يصح، فقيل: إن ذلك يتفرع على القول بأنه لا يملك، فأما إن قيل: إنه يملك صح الوقف عليه كالمكاتب في أظهر الوجهين، والأكثر: على أنه لا يصح الوقف عليه في الروايتين لضعف ملكه.

١٣ - وصية السيد لعبده بشيء من ماله، فإن كان بجزء مشاع - كثلثه - منه صح وعتق من العبد بنسبة ذلك الجزء لدخوله في عموم المال وكمل عتقه من بقية الوصية نص عليه.

وخرَّج بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال فيسري العتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناء على القول بالسراية بالوصية بعد الموت ويكمل له بقية الوصية من المال إن احتمل الثلث ذلك، وإن كانت الوصية بجزء معين - كهذا البيت - أو مقدر - كألف - ففي صحة الوصية روايتان: أشهرهما: عدم الصحة فمن الأصحاب من بناهما على أن العبد هل يملك أم لا؟ وأشار إلى ذلك أحمد في رواية صالح، وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي وابن عقيل وغيرهم، ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية بالمعين أو المقدر من التركة يعود إلى الجزء المشاع وهو بعيد جداً.

١٤ - غزا العبد على فرس ملكه إياها سيده، فإن قلنا: يملكها لم يسهم لها؛ لأن الفرس تبع لمالكها فإذا كان مالكةا من أهل الرضخ<sup>(١)</sup>، فكذلك فرسه، وإن قلنا: لا يملكها أسهم لها؛ لأنها لسيده كذا قال الأصحاب.

تنبيه: الخلاف في ملك العبد بالتمليك هل هو مختص بتمليك سيده أم لا؟ قال صاحب التلخيص: هو مختص به فلا يملك من غير جهته، وكلام الأكثرين يدل على خلافه، ويتفرع على ذلك مسائل:

١ - ملكه اللقطة بعد الحَوْل قال طائفة من الأصحاب: ينبنى على روايتي الملك وعدمه جعلاً لتمليك الشارع كتمليك السيد، وظاهر كلام ابن أبي موسى: أنه يملك اللقطة، وإن لم يملك بتمليك سيده؛ لأنه تمليك شرعي يثبت قهراً فيثبت له حكماً، وعند صاحب التلخيص: لا يملكها بغير خلاف، وكذلك في الهداية والمغني: أنها ملك لسيده.

٢ - حيازته المباحات من احتطابٍ أو احتشاشٍ أو اصطياذٍ أو معدنٍ أو غير ذلك. فمن الأصحاب من قال: هو ملك لسيده دونه رواية واحدة كالقاضي وابن عقيل؛ لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيده فهي كيد نفسه نعم! لو أذن السيد له في ذلك فهو كتمليكه إياه ذكره القاضي

(١) الرضخ: ما يعطاه من ليس من أهل القتال من الأدميين والحيوانات دون السهم إذا شهد المعركة.

وغيره، وخرج طائفة المسألة على الخلاف في ملك العبد وعدمه منهم الشيخ مجد الدين وقاسه على اللقطة، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر.

٣ - إذا وصّى للعبد أو وهب له وقبله بإذن سيده أو بدونه إذا أجزنا له في ذلك على المنصوص فالمال للسيد نص عليه في رواية حنبل، وبناء ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد.

٤ - لو خلع العبد زوجته بعوض فهو للسيد ذكره الخرقى، وظاهر كلام ابن عقيل بناؤه على الخلاف في ملك العبد، ويعضده أن العبد هنا يملك البضع فملك عوضه بالخلع؛ لأن من يملك شيئاً ملك، عوضه فأما مهر الأمة فهو للسيد بغير خلاف؛ لأنه عوض عن ملك السيد وهو منفعة البضع فيكون تملكاً كأجرة العبد له، بخلاف ما تقدم فإنه ليس عوضاً عن ملكه.

### المسألة الثامنة

#### المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا؟

في المسألة روايتان:

إحدهما: يملكه بالظهور وهي المذهب المشهور.

والرواية الثانية: لا يملكه بدون القسمة، ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ولا يستقر بدونها.

ومن الأصحاب من قال: يستقر بالمحاسبة التامة كابن أبي موسى وغيره وبذلك جزم أبو بكر عبد العزيز وهو المنصوص صريحاً عن أحمد، ولهذا الاختلاف فوائد:

١ - انعقاد الحول على حصة المضارب من الربح قبل القسمة، فإن قيل لا يملك بدون القسمة فلا انعقاد قبلها، وإن قيل يملك بمجرد الظهور فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها أم لا ينعقد بدون الاستقرار؟ ففيه للأصحاب طرق منها:

**أحدها:** لا ينعقد الحول عليها بدون استقرار بحال من غير خلاف وهي طريقة القاضي في المجرد والخلاف ومن اتبعه وكذلك طريقة أبي بكر وابن أبي موسى، إلا أن القاضي عنده الاستقرار بالقسمة - وهو المذهب - وعندهما بالمحاسبة التامة فينعقد الحول عندهما بالمحاسبة وهو المنصوص عن أحمد في رواية صالح وابن منصور وحنبل.

**والطريقة الثانية:** إن قلنا: يملكه بالظهور انعقد الحول عليه من حينه، وإلا فلا، وهي طريقة القاضي في موضع من الجامع الصغير وأبي الخطاب. لو اشترى العامل بعد ظهور الربح من يعتق عليه بالملك: ففيه طريقان: **أحدهما:** البناء على الملك بالظهور وعدمه فإن قلنا: يملك به عتق عليه، وإلا فلا وكذلك قال القاضي في خلافه وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الحلواني.

**والطريق الثاني:** إن قلنا: لا يملك بالظهور لم يعتق وإن قلنا: يملك به فوجهان، كذا قال جماعة منهم صاحب التلخيص: **أحدهما:** يعتق عليه للملك، وهو قول القاضي وأبي الخطاب، وأوماً إليه أحمد في رواية ابن منصور.

**والثاني:** لا يعتق؛ لعدم استقرار الملك وهو قول أبي بكر في التنبيه فإن الملك فيه غير تام، والأول أصح فإن العتق يسري إلى ملك الأجنبي المحض ولا يمنعه الدين، وعلى هذا إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح عتق عليه منه بقدر حصته ثم إن كان موسراً سرى عليه؛ لأن العتق بالشراء وهو ما فعله باختياره، ولو اشترى قبل ظهور الربح ثم ظهر الربح بارتفاع الأسواق، وقلنا: يملك به عتق عليه نصيبه ولم يسر إذ لا اختيار له في ارتفاع الأسواق ذكره في التلخيص.

٣ - لو وطئ العامل أمةً من مال المضاربة بعد ظهور الربح، فإن قلنا: يملكه بالظهور فالولد حُرٌّ وعليه قيمة الأمة وتصير أمّ ولد، وإن لم يكن ظهر ربح لم يثبت شيء من ذلك وهل عليه الحد إذا إن لم يكن ظهر ربح؟ على وجهين:

**أحدهما:** لا حَدَّ عليه ويعزر ونَصَّ عليه في رواية ابن منصور واختاره صاحب المغني؛ لأن الربح مبني على التقويم وهو أمر اجتهادي لا يقطع به.

**والثاني:** عليه الحدّ قاله القاضي لانتفاء الملك وشبهته.

٤ - لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة فإن لم يظهر ربح صح، نص عليه؛ لأنه ملك لغيره، وكذلك إن ظهر ربح وقلنا لا يملكه بالظهور، وإن قلنا: يملكه فهو كسواء أحد الشريكين من مال الشركة، والمذهب: أنه يبطل في قدر حقه؛ لأنه ملكه فلا يصح شراؤه له وفي الباقي روايتان، وخرج أبو الخطاب رواية بصحته في الكل من الرواية التي يخير فيها لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه.

٥ - لو اشترى العامل شِقْصاً للمضاربة وله فيه شركة، فهل له الأخذ بالشفعة؟ فيه طريقتان: **أحدهما:** ما قال أبو الخطاب ومن تابعه، فيه وجهان:

**أحدهما:** لا يملك الأخذ واختاره في رؤوس المسائل؛ لأنه يتصرف لرب المال فامتنع أخذه كما يمنع شراء الوصي والوكيل فيما يتوليان بيعه.

**والثاني:** له الأخذ وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته، فإنه يصير حينئذٍ شريكاً يتصرف لنفسه ولشريكه ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة.

**والطريقة الثانية:** ما قال صاحب المغني: إن لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا: لا يملكه بالظهور فله الأخذ؛ لأن الملك لغيره فكذا الأخذ، وإن كان فيه ربح وقلنا: يملكه بالظهور ففيه الوجهان بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ما سبق.

٦ - لو أسقط العامل حَقَّهُ من الربح بعد ظهوره، فإن قلنا: يملكه بالظهور لم يسقط، وإن قلنا: لا يملكه بدون القسمة فوجهان وقد سبقت في القواعد.

٧ - لو قارض - دفع المال مضاربة - المريض وسمى للعامل فوق تسمية المثل قال القاضي والأصحاب: يجوز ولا يحسب من الثلث؛ لأن ذلك لا يؤخذ من ماله، وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث فيحدث على ملك



العامل دون المالك وهذا إنما يتوجّه على القول بأنه يملكه - العامل - بالظهور، وإن قلنا: لا يملكه بدون القسمة احتمل أن يحسب من الثلث؛ لأنه خارج حينئذ من ملكه - أي: المريض - واحتمل أن لا يحسب منه وهو ظاهر كلامهم؛ لأن المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئاً وإنما زادهم فيه ربحاً.

### المسألة التاسعة

#### الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف أم لا؟

في المسألة روايتان معروفتان:

أشهرهما: أنه ملك للموقوف عليه.

والثانية: لا، فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى؟ فيه خلاف أيضاً.

ويتنزل على هذا الاختلاف مسائل:

١ - زكاة الوقف إذا كان ماشية موقوفة على معين فهل يجب زكاتها؟ فيه طريقان:

أحدهما: بناؤه على هذا الخلاف فإن قلنا: هو ملك للموقوف عليه فعليه زكاتها، وإن قلنا: ملك لله فلا زكاة - وهو المذهب -.

والطريقة الثانية: لا زكاة فيه على الروایتين قاله القاضي وابن عقيل؛ لقصور الملك فيه.

فأمّا الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً؛ لأن ثمره ملك للموقوف عليه، وقال الشيرازي: لا زكاة فيه أيضاً ونقله غيره رواية.

٢ - لو جنى الوقف فأرشد جنايته على الموقوف عليه إذا قيل: إنه مالكة؛ لأنه يمتنع من تسليمه فيلزمه فداؤه، وإن قيل: هو ملك لله فالأرشد من كسب العبد، وقيل: بل من بيت المال وفيه وجه: لا يلزم الموقوف عليه الأرشد على قولين؛ لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره إذ لا قدرة له عليه على التسليم بحال.

٣ - إذا كان الوقف أمة فولاية تزويجها للموقوف عليه إن قيل إنه يملكها، وإن قيل: هي ملك لله فالولاية للحاكم فيزوجها بإذن الموقوف عليه، وإن قيل: هي ملك الواقف فهو الولي.

٤ - نظر الوقف إذا لم يشترط له ناظر، فعلى القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه، وعلى القول بأنه ملك لله نظره للحاكم، وظاهر كلام أحمد: أن نظره للحاكم قال الحارثي: وإن قلنا: ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعده.

٥ - هل يستحق الشُّفعة بشركة الوقف؟ - وذلك بأن يكون الملك بعضه طلق وبعضه وقف، فإذا بيع الطلق فهل للموقوف عليه أن يشفع، فيأخذ الطلق من المشتري فيكون وقفاً؟ - فيه طريقتان: أحدهما: البناء على أنه هل يملك الموقوف عليه؟ فإن قيل يملكه استحق به الشُّفعة وإلا فلا.

والثاني: الوجهان بناء على قولنا يملكه وهذا ما قاله صاحب المحرر؛ لأن الملك قاصر - والمذهب: عدم ثبوت الشُّفعة -.

٦ - لو زرع الغاصب في أرض الوقف فهل للموقوف عليه تملكه بالنفقة؟ إن قيل: هو المالك، فله ذلك، وإلا فهو كالمستأجر - إذا زرع في الأرض المؤجرة - ومالك المنفعة، ففيه تردد سبق ذكره في القواعد.

٧ - نفقة الوقف، وهي في غلّ - ته ما لم يشترط من غيرها، فإن لم يكن له غلة، فوجهان:

أحدهما: نفقته على الموقوف عليه.

والثاني: هي في بيت المال فقبل هما مبنيان على انتقال الملك إليه وعدمه، وقد يقال بالوجوب عليه وإن كان الملك لغيره كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه.

٨ - لو فضل بعض ولده على بعض في الوقف فالمنصوص: الجواز

بخلاف الهبة فقيل: هو بناء على أن الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليه، فإن قلنا: بانتقاله لم يجز كالهبة وهو قول أبي الخطاب وغيره، وقيل: بل يجوز على القولين؛ لأنه لم يخصه بالملك بل جعله ملكاً لجهة متصلة على وجه القرية وجعل الولد بعض تلك الجهة، وشبيه بهذا: وقف المريض على وارثه هل يقف على الإجازة كهبته أم ينفذ من الثلث؛ لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تمليك لجهة متصلة والوارث بعض أفرادها؟ فيه روايتان.

٩ - الوقف على نفسه وفي صحته روايتان وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل، فإن قلنا: الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه؛ لأنه لا يصح أن يزيل الإنسان ملك نفسه إلى نفسه، وإن قلنا: لله تعالى صح.

١٠ - الوقف المنقطع - كما لو وقف على زيد، ثم على عمرو فهلكا - هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو إلى ورثة الواقف؟ فيه روايتان، والمنصوص عن أحمد: أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه، وظاهر كلامه: أنه يعود إليهم إرثاً لا وقفاً.

١١ - لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة فأولدها فلا حد؛ لأنها إما ملك له أو له فيها شبهة ملك وهل تصير أم ولد له؟ إن قلنا: هي ملك له صارت مستولدة له فتعتق بموته ويؤخذ قيمتها من تركته يشتري بها رقبة مكانها تكون وقفاً، وإن قلنا: لا يملكها لم تصر مستولدة له وهي وقف بحالها.

١٢ - لو تزوج الموقوف عليه الأمة الموقوفة، فإن قيل: هي ملك له لم يصح وإلا صح، ذكره صاحب التلخيص وغيره، وفيه نظر، فإنه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له.

### المسألة العاشرة

#### إجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية؟

في المسألة روايتان معروفتان: أشهرهما: أنها تنفيذ، وهذا الخلاف قيل: إنه مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الإجازة؟ وقيل: بل هذا الخلاف مبني على القول بالوقف - على إجازة الورثة

- أما على البطلان - أي: الوصية بالزائد على الثلث - فلا وجه للتنفيذ، وهو أشبه، وقرر الشيخ تقي الدين أن الوارث إذا أسقط حقه قبل القسمة فإنه يسقط، وطرد هذا في الأعيان المشاعة كالغانم إذا أسقط حقه من الغنيمة، والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف، والمضارب إذا أسقط حقه من الربح، وأحد الزوجين إذا عفا عن حقه من المهر، إذا كان عينا وألحق المشاع بالدين في جواز إسقاطه قبل القسمة.

ولهذا الخلاف فوائد عديدة:

١ - أنه لا يشترط لها شروط الهبة من الإيجاب والقبول والقبض فيصح بقوله أجزت وأنفذت ونحو ذلك، وإن لم يقبل الموصى له في المجلس، وإن قلنا: هي هبة افتقرت إلى إيجاب وقبول ذكره ابن عقيل وغيره، وهل يعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز؟ ففي الخلاف للقاضي والمحرم: هو مبني على هذا الخلاف، وصرح بعد ذلك صاحب المحرم بأنه لو أجاز قدراً منسوباً من المال ثم قال: ظننت المال قليلاً أنه يقبل قوله، وطريقة صاحب المغني: أن الإجازة لا تصح بالمجهول ولكن هل يصدق في دعوى الجهالة؟ على وجهين، ومن الأصحاب من قال: إن قلنا: الإجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع، وإن قلنا: هبة فوجهان.

٢ - لو وقف على وارثه فأجازه، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ صح الوقف ولزم، وإن قلنا: هبة فهو كوقف الإنسان على نفسه - والمذهب: عدم صحة الوقف على النفس -.

٣ - إذا كان المجاز عتقاً، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ فالولاية للموصي يختص به عصبته، وإن قلنا: عطية فالولاء لمن أجاز وإن كان أثنى.

٤ - لو كان المجيز أباً للمُجَاز له كمن أوصى لولد ولده فأجازه والده فليس للمجيز الرجوع فيه إن قلنا: هو تنفيذ، وإن قلنا: عطية فله ذلك؛ لأنه قد وهب لولده مالاً.

٥ - لو حلف لا يهب فأجاز، فإن قلنا: هي عطية حنت وإلا فلا.

٦ - لو قبل الوصية المفتقرة إلى الإجازة - كالوصية بأكثر من الثلث - قبل الإجازة ثم أجزيت، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ فالملك ثابت له من حين قبوله أولاً، وإن قلنا: عطية، لم يثبت الملك إلا بعد الإجازة ذكره القاضي في خلافه.

٧ - أن ما جاوز الثلث من الوصايا إذا أجزيت هل يزاحم بالزائد ما لم يجاوزه؟ وهو مبني على هذا الاختلاف ذكره صاحب المحرر وأشكل توجيهه على الأصحاب وهو واضح، فإنه إذا كانت معنا وصيتان إحداها مجاوزة للثلث والأخرى لا تجاوزه كنصف وثلث وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ زاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة، لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والآخر خمسه ثم تكمل لصاحب النصف نصفه بالإجازة، وإن قلنا: الإجازة عطية فإنما يزاحمه بثلث خاص إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تتلق من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فيقسم الثلث بينهما نصفين ثم يكمل لصاحب النصف ثلث بالإجازة. وهذا مبني على أن القول: بأن الإجازة عطية أو تنفيذ مفرع على القول بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق.

٨ - لو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثة، فإن قلنا: إجازته عطية فهي معتبرة من ثلثه، وإن قلنا: تنفيذ فطريقان: أحدهما: القطع بأنها من الثلث أيضاً كذا قال القاضي في خلافه وصاحب المحرر، وشبهه بالصحيح إذا حابا في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار، والطريق الثاني: أن المسألة على وجهين.

٩ - إجازة المفلس - دينه أكثر من ماله - وفي المغني هي نافذة وهو منزل على القول بالتنفيذ، ولا يبعد على قول القاضي في التي قبلها أن لا ينفذ وقاله صاحب المغني في السفية معللاً بأنه ليس من أهل التبرع.

## المسألة الحادية عشرة

**المُوصَى له هل يملك الوصية من حين الموت أو من حين قبوله لها؟**

في المسألة وجهان معروفان - والمذهب: من حين القبول - وعلى القول بأنه يملكها من حين قبوله فهل هي قبله على ملك الميت أو على ملك الورثة؟ على وجهين أيضاً. وأكثر الأصحاب على القول بأنه ملك للمُوصَى له، نص أحمد في مواضع على أنه لا يعتبر له القبول فيملكه قهراً كالميراث، وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد. ولهذا الاختلاف فوائد عديدة:

١ - حكم نمائه بين الموت والقبول فإن قلنا: هو على ملك المُوصَى له فهو له لا يحتسب عليه - الموصي - من الثلث، وإن قلنا: هو على ملك الميت فتتوفر به التركة فيزداد به الثلث، وإن قلنا: هو على ملك الورثة فنماؤه لهم خاصة، وهو المذهب.

٢ - لو نقص الموصى به في سعر أو صفة ففي المحرر: إن قلنا: يملكه بالموت اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول<sup>(١)</sup>؛ لأن الزيادة حصلت في ملكه فلا يحسب عليه، والنقص لم يدخل في ضمانه بل هو من ضمان التركة، وأما نقص الأسعار فلا يضمن عندنا، وإن قلنا: يملكه من حين القبول اعتبرت قيمته يوم القبول سعراً وصفة؛ لأنه لم يملكه قبل ذلك، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور وذكره الخرقى: أنه يعتبر قيمته يوم الوصية ولم يحك صاحب المغني فيه خلافاً، فظاهره، أنه يعتبر بيوم الموت على الوجوه كلها؛ لأن حقه تعلق بالمُوصَى له تعليقاً قطع تصرف الورثة فيه فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني إذا أضر المجني عليه استيفاء حقه منه حتى تلف أو نقص.

٣ - لو كان المُوصَى به أمةً فوطئها المُوصَى له قبل القبول وبعد الموت، فإن قلنا: الملك له فهي أم ولده وإلا فلا، ولو وطئها الوارث، فإن قلنا:

(١) لينظر كل يخرج من الثلث أولاً؟

الملك له فهي أم ولده ويلزمه قيمتها للموصى له، وإن قلنا: لا يملكها لم تكن أم ولد له.

٤ - لو وصى بأمة لزوجها فلم يعلم حتى أولدها أوولاداً ثم قبل الوصية، فإن قيل: يملكها بالموت فولده حر والأمة أم ولده ويبطل نكاحه بالموت، وإن قيل: لا يملكها إلا بعد القبول فنكاحه باقٍ قبل القبول وولده رقيق للوارث.

٥ - لو وصى لرجل بأبيه - الرقيق - فمات الموصى له قبل القبول، وقلنا: يقوم وارثه مقامه فيه فقبل ابنه صح وعق وهل يرث - الموصى به - من ابنه الميت أم لا؟ إن قلنا: يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حراً عند موت ابنه فيرث منه، وإن قلنا: إنما يملكه بعد القبول فهو عند موت ابنه رقيق فلا يرث، ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة فإن قلنا: يثبت الملك بالموت فهو ملك للميت فتوفى منه ديونه ووصاياه، وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل، ذكره في المحرر، ويتخرج وجه آخر: أنه يكون ملكاً للموصى له على الوجهين؛ لأن التمليك حصل له فكيف يصح الملك ابتداءً لغيره؟ ولهذا نقول على إحدى الروايتين: إن المكاتب إذا مات وخلف وفاء أنه يؤدي منه بقية مال الكتابة، ويتبين بذلك موته حراً مع أن الحرية لا تثبت للمكاتب إلا بعد الأداء.

٦ - لو وصى لرجل بأرض فبنى الوارث فيها وغرس قبل القبول، ثم قبل، ففي الإرشاد إن كان الوارث عالماً بالوصية قلع بناؤه وغرسه مجاناً، وإن كان جاهلاً فعلى وجهين، وهو مُتَوَجِّهٌ على القول بالملك بالموت، أمّا إن قيل: هي قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء مشتري الشقص المشفوع وغرسه، فيكون محترماً يتملك بقيمته.

٧ - لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله، فإن قلنا: الملك له من حين الموت فهو شريك للورثة في الشفعة، وإلا فلا حق له فيها.

٨ - جريانه من حين الموت في حَوْلَ الزكاة، فإن قلنا: يملكه الموصى

له جرى في حَوْلِهِ، وإن قلنا: للورثة فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا لضعف ملكهم فيه وتزلزله وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب؟ فيه تردد.

### المسألة الثانية عشرة

#### الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا؟

في المسألة روايتان: أشهرهما: الانتقال، ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضي الضمان كحفر بئر ونحوه، صرح به القاضي. وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا؟ ظاهر كلام طائفة: اعتباره حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق، وكلام أبي الخطاب في انتصاره كالصریح فيه، ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وإن لم يكن مستغرقاً وعلى القول بالانتقال فيتعلق حق الغرماء بها جميعاً، وإن لم يستغرقها الدين صرح به صاحب الترغيب، وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن أو جناية؟ فيه خلاف يتحرر بتحرير مسائل:

**الأولى:** هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أو يتقسط؟ صرح القاضي في خلافه بالأول إن كان الوارث واحداً، وإن كان متعدداً انقسم على قدر حقوقهم وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها كالعبد المشترك إذا رهنه الشريكان بدين عليهما.

**الثانية:** هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف؟ وسنذكره.

**الثالثة:** هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة؟ فيه للأصحاب ثلاثة أوجه:

**أحدها:** ينتقل إلى ذمم الورثة قاله القاضي وأبو الخطاب وابن عقيل، ومنهم من قيده بالمؤجل، ومنهم من خصّه بالقول بانتقال التركة إليهم.

**والثاني:** هو باقٍ في ذمة الميت، وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان

دين الميت.

**والثالث:** يتعلق بأعيان التركة فقط قاله ابن أبي موسى، ورد بلزوم براءة

ذمة الميت منها بالتلف، وإذا عرف هذا فلهذا الاختلاف فوائد:



١ - نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود، فإن قلنا: بعدم الانتقال إليهم فلا إشكال في عدم النفوذ، وإن قلنا: بالانتقال، فوجهان: أحدهما: لا ينفذ، قاله القاضي في المجرد وابن عقيل.

والثاني: ينفذ، قاله القاضي وابن عقيل أيضاً وجعلاه المذهب، وإنما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان قاله القاضي، قال: ومتى خلى الورثة بين التركة وبين الغرماء سقطت مطالبتهم بالديون ونصب الحاكم من يوفيهما منها ولم يملكها الغرماء بذلك. وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيها طولبوا بالديون كلها، وفي الكافي: إنما يضمنون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين، وعلى الأول ينفذ العتق خاصة كعتق الراهن. ذكره أبو الخطاب في انتصاره وحكى القاضي في المجرد في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدين وجهين، وأنه لا ينفذ مع العلم، ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك، وفي النظريات لابن عقيل: أن عتق الورثة إنما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم، وهل يصح رهن التركة - من قبل الورثة - عند الغرماء؟ قال القاضي في المجرد: لا يصح، وعلل بأنها كالمرهونة عندهم بحقهم، والمرهون لا يصح رهنه.

٢ - نماء التركة، فإن قلنا: لا ينتقل إلى الورثة تعلق حق الغرماء بالنماء كالأصل، وإن قلنا: ينتقل إليهم فهل يتعلق حق الغرماء بالنماء؟ على وجهين، وقد سبق بسط هذه المسألة في قاعدة النماء.

٣ - لو مات رجلٌ عليه دين وله مالٌ زكويٌّ فهل يَبْدِيُ الورثة حَوْلَ زكاته من حين موت موروثه أم لا؟ إن قلنا: لا تنتقل التركة إليه مع الدين فلا إشكال في أنه لا يجري في حوله حتى ينتقل إليه، وإن قلنا: ينتقل انبنى على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث أو هو في ذمة الميت خاصة؟ فإن قلنا: الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة انبنى على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة؟ فيه روايتان محكيتان في شرح الهداية، والمذهب: أنه يمنع الانعقاد فيمتنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال، وإن قلنا: إنما يمنع وجوب الزكاة في آخر

الحَوْل منع من الوجوب هاهنا آخر الحَوْل في قدره أيضاً، وإن قلنا: ليس في ذمة الوارث شيء فظاهر كلام أصحابنا: أن تعلق الدين بالمال مانع وسنذكره.

٤ - لو كان له شجر وعليه دين فمات، فهاهنا صورتان:

**إحدهما:** أن يموت قبل أن يثمر ثم أثمر قبل الوفاء فإن قلنا: الدين يتعلق بالنماء خَرَجَ على الخلاف في منع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة - السائمة والزرع والثمار - وإن قلنا: لا يتعلق به فالزكاة على الوارث وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك إليه، أما إن قلنا: لا ينتقل فلا زكاة عليه إلا أن ينفك التعلق قبل بُدُو صلاحه<sup>(١)</sup>.

**الصورة الثانية:** أن يموت بعد ما أثمرت فيتعلق الدين بالثمرة، ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن نقول: إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر، وإن كان قبل وقت الوجوب، فإن قلنا: تنتقل التركة إلى الورثة مع الدين فالحكم كذلك، وإن قلنا: لا تنتقل التركة إليهم فلا زكاة عليهم، وهذه المسألة تدل على أن النماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بغير خلاف.

٥ - لو مات وله عبيد وعليه دَيْنٌ وأَهْلٌ هلال الفطر، فإن قلنا: لا ينتقل الملك فلا فطرة لهم على أحد، وإن قلنا: ينتقل ففطرتهم على الورثة.

٦ - لو كانت التركة حيواناً، فإن قلنا: بالانتقال إلى الورثة فالنفقة عليهم وإلا فمن التركة كمؤنته، وكذلك مؤنة المال؛ كأجرة المخزن ونحوه.

٧ - لو مات المدين وله شِقْص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الأخذ بالشفعة؟ إن قلنا: بالانتقال إليهم فلهم ذلك وإلا فلا، فلو كان الوارث شريك الموروث وبيع نصيب الموروث في دَيْنِهِ فإن قلنا: بالانتقال فلا شفعة للوارث؛ لأن البيع وقع في ملكه فلا يملك استرجاعه وإن قيل: بعده فله الشُّفْعة؛ لأن المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته.

٨ - لو وطئ الوارث الجارية الموروثة والدين يستغرق - التركة -

(١) إذ بدو الصلاح وقت الوجوب في الثمر والزرع.

فأولدها، فإن قلنا: هي ملكه فلا حدَّ ويلزمه قيمتها يوفى منه الدين كما لو وطئ الراهن، وإن قلنا: ليست ملكه فلا حدَّ أيضاً لشبهة الملك فإنه يملكها بالفكاك - الدين - فهي كالرهن وعليه قيمتها ومهرها يوفى بها الدَّين، ذكره أبو الخطاب ففائدة الخلاف حينئذٍ وجوب المهر.

٩ - لو تزوج الابن أمة أبيه، ثم قال: لها إن مات أبي فأنت طالق، وقال أبوه إن مت فأنت حرة ثم مات وعليه دين مستغرق لم تعتق لاستغراق الدين للتركة، فلا ثلث للميت لينفذ منه العتق وهل يقع الطلاق؟ قال القاضي في «المجرد»: نعم! وعلل بأنه لم يملكها فهي باقية على نكاحه، وقال ابن عقيل: لا تطلق؛ لأن التركة تنتقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه.

١٠ - لو أقر لشخص فقال: له في ميراثي ألف<sup>(١)</sup> فالمشهور أنه متناقض في إقراره، وفي التلخيص: يحتمل أن يلزمه إذ المشهور عندنا أن الدين لا يمنع الميراث، فهو كما لو قال له: في هذه التركة ألف فإنه إقرار صحيح، وعلى هذا فإذا قلنا: يمنع الدين الميراث كان تناقضاً بغير خلاف.

١١ - لو مات وترك ابنين وألف درهم وعليه ألف درهم دين، ثم مات أحد الابنين وترك ابناً ثم أبرأ الغريم الورثة، فذكر القاضي أنه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثه عن أبيه وذكره في موضع إجماعاً، وعلَّله في موضع: بأن التركة تنتقل مع الدين فانتقل ميراث الابن إلى أبيه وهذا يفهم منه أنه على القول بمنع الانتقال يختص به ولد الصُّلب؛ لأنه هو الباقي من الورثة.

١٢ - رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس يحتمل بناؤه على هذا الخلاف، فإن قلنا: ينتقل إلى الورثة امتنع رجوعه وبه علَّل الإمام أحمد، وإن قلنا: لا ينتقل يرجع به لا سيما والحق هنا متعلق في الحياة تعلقاً متأكداً، ومن العجب أن عن أحمد رواية: بسقوط حق المرتهن من الرهن بموته فيكون أسوة الغرماء كغريم المفلس، حكاهما القاضي وابن عقيل، وهذا عكس ما نحن فيه.

(١) إذ لا ميراث مع الدين، إذ الدين مانع من الميراث.

١٣ - ما نقل البزراطي عن أحمد أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه للغرماء ألفا درهم وليس له وارث غير ابنه، فقال ابنه لغرمائه: اتركوا هذه الألف في يدي وأخروني في حقوقكم ثلاث سنين حتى أوفيكم جميع حقوقكم، قال: إذا كانوا قد استحقوا قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفيهم لأجل أن يتركها في يديه فهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخروه في الباقي ما شاءوا، قال بعض شيوخنا: تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لا تنتقل قال: إن قلنا: تنتقل إليهم جاز ذلك وهو أقيس بالمذهب، وتوجيه ما قال: أن حق الغرماء في عين التركة دون ذمة الورثة فإذا أسقطوا حقهم من التعلق بشرط أن يوفيهم الورثة بقية حقوقهم فهو إسقاط بعوض غير لازم للوارث، فإن قيل بانتقال التركة إلى الوارث فقد أذن له في الانتفاع بماله بعوض يلتزمه له في ذمته، وإن قيل بعدم الانتقال فهو شبيه بتمليكه ألفاً بألفين إلى أجل، وإن لم يكن تمليكاً مع أن قول أحمد لا خير فيه ليس تصريحاً بالتحريم فتحتل الكراهة. وقوله: ويؤخرونه في الباقي ما شاءوا يدل على أن الورثة إذا تصرفوا في التركة صاروا ضامنين لجميع الدين في ذمتهم فيطالبون به، ومتى كان الدين في ذمم الورثة قوي الجواز؛ لأن انتقاله إلى ذمتهم فرع انتقال التركة إليهم.

١٤ - ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه هل للورثة خاصة أم للغرماء والورثة؟ عن أحمد: ما يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة، والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة وحمله القاضي على الاحتياط، قال: لأن التركة ملك للورثة ولهم الوفاء من غيرها، وظاهر كلامه: إن قلنا: التركة ملك لهم فلهم ولاية الطلب والقبض، وإن قلنا: ليست ملكاً لهم فليس له الاستقلال بذلك، وقال الشيخ مجد الدين: عندي أن نص أحمد على ظاهره؛ لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة كالرهن والجاني. انتهى.

ولا ريب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً فالمتوجه هو الدفع إلى الورثة والغرماء جميعاً ولا يملك الدفع إلى الغرماء بانفرادهم بكل حال.

### المسألة الثالثة عشرة

#### التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة؟

في المسألة روايتان - المذهب: أنه تعليق للعتق على صفة - ينبنى عليهما فوائد كثيرة:

١ - لو قَتَلَ المُدَبِّرُ سَيِّدَهُ هل يعتق؟، وفيه طريقتان:

أحدهما: بناؤه على الروايتين إن قلنا: هو عتق بصفة عتق، وإن قلنا: وصية لم يعتق؛ لأن المذهب: أن الموصى له إذا قتل الموصي بعد الوصية لم يعتق وهي طريقة ابن عقيل وغيره.

والثانية: أنه لا يعتق على الروايتين وهي طريقة القاضي؛ لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه - وهو المذهب -.

٢ - بيع المُدَبِّر وهبته والمذهب: الجواز؛ لأنه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة، وفيه رواية أخرى: بالمنع بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كالاستيلاد.

٣ - اعتباره من الثلث على المذهب؛ لأنه وصية، ونقل حنبل: أنه من رأس المال، وهو مُتَخَرِّجٌ على أنه عتق لازم كالاستيلاد.

٤ - إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول، وفي صحته روايتان بناهما الخرقى والأصحاب على هذا الأصل، فإن قيل: هو وصية جاز الرجوع عنه، وإن قلنا: عتق فلا.

٥ - لو باع المُدَبِّر ثم اشتراه فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تدبيره أو لا يكون رجوعاً فيعود؟ فيه روايتان أيضاً بناهما الأكثرون على هذا الأصل، فإن قلنا: التدبير وصية بطلت بخروجه عن ملكه ولم يبعد نفوذه، وإن قلنا: هو تعليق بصفة عاد بعود الملك بناء على أصلنا في عود الصفة بعود الملك في العتق والطلاق - كما لو قال لزوجته إن كلمت زيداً فأنت طالق ثم طلقها ثم نكحها ثم كلمت زيداً -.

٦ - لو كاتب مدبره فهل يكون رجوعاً عن التدبير؟ إن قلنا: التدبير عتق

بصفة لم يكن رجوعاً، وإن قلنا: هو وصية انبنى على أن كتابة الموصى به هل تكون رجوعاً؟ فيه وجهان: أشهرهما: أنه رجوع، والمشهور في المذهب: أن كتابة المدبر ليست رجوعاً عن تدبيره، ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع.

٧ - لو وصى بعبده ثم دبّرهُ، ففيه وجهان: أشهرهما: أنه رجوع عن الوصية.

والثاني: ليس برجوع، فعلى هذا فائدة الوصية به: أنه لو أبطل تدبيره بالقول لاستحققه الموصى له ذكره في المغني، وقال الشيخ تقي الدين: ينبنى على أن التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية؟ فإن قلنا: هو عتق بصفة قدم على الوصية، وإن قلنا: هو وصية فقد ازدحمت وصيتان في هذا العبد فينبني على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقاً هل يقدم أو يتحاص العتق وغيره؟ على روايتين، فإن قلنا: بالمحاصة فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه ويصح ذلك على المنصوص. انتهى. وقد يقال الموصى له: إن قيل لا يملك حتى يقبل فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه فينفذ وإن قيل: يملك من حين الموت فقد تقارن زمن ملكه وزمن العتق فينبغي تقديم العتق كما نصّ عليه أحمد في مسألة من عتق عبده ببيعه<sup>(١)</sup>.

٨ - الوصية بالمُدبّر، والمذهب: أنها لا تصح؛ لأن التدبير الطارئ إذا أبطل الوصية على المشهور فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له؟! وبني الشيخ هذه المسألة أيضاً على الأصول السابقة.

٩ - ولد المُدبّر والمُشهور: أنه يتبعها في التدبير كما ولدته بعده سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق أو حادثاً بينهما، وحكى القاضي في تبعية الولد روايتين وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كالاستيلاء أو وصية؟ وخرّج أبو الخطاب وجهاً: أنه لا يتبعها الحادث بينهما، وإنما يتبعها إذا كان موجوداً معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة بناء على أن التدبير تعليق بصفة.

(١) كأن يعلق عتق عبده ببيعه.

١٠ - لو جحد السيد التدبير فالمنصوص عن أحمد: أنه ليس برجوع، وقال الأصحاب: إن قلنا: هو عتق بصفة لم يكن رجوعاً، وإن قلنا: هو وصية فوجهان بناء على أن جحد الموصي الوصية هل هو رجوع أم لا؟.

### المسألة الرابعة عشرة

#### نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها؟

في المسألة روايتان مشهورتان أصحهما: أنها للحمل، وينبغي عليها فوائد:

- ١ - إذا كان أحد الزوجين رقيقاً، فإن قلنا: النفقة للزوجة وجبت لها على الزوج؛ لأن نفقة زوجة العبد في كسبه أو تتعلق برقبته حكاه ابن المنذر إجماعاً، وفي الهداية: نفقة زوجته على سيده فتجب هاهنا على السيد، وإن قلنا: للحمل لم تجب عليه؛ لأنه إن كان هو الرقيق فلا يجب عليه نفقة أقاربه، وإن كانت هي الرقيقة فالولد مملوك لسيد الأمة فنفقته على مالكة.
  - ٢ - إذا كان الزوج معسراً، فإن قلنا: للزوجة وجبت عليه، وإن قلنا: للحمل لم تجب عليه؛ لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة.
  - ٣ - لو مات الزوج فهل يلزم أقاربه النفقة - على الزوجة -؟ إن قلنا: هي للحمل لزمت الورثة، وإن قلنا: هي للزوجة لم يلزمهم بحال.
  - ٤ - لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة في ذمته؟ فيه طريقتان:
- أحدهما: إن قلنا: هي للزوجة ثبتت في ذمته، ولم تسقط بمضي الزمان على المشهور من المذهب، وإن قلنا: هي للحمل سقطت؛ لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة.

والثاني: لا تسقط بمضي الزمان على الروائتين.

- ٥ - إذا اختلعت الحامل بنفقتها فهل يصح جعل النفقة عوضاً للخلع.
- قال الشيرازي: إن قلنا: النفقة لها تصح وإن قلنا: للحمل لم تصح؛ لأنها لم تملكها، وقال القاضي والأكثر: يصح على الروائتين؛ لأنها مصروفة إليها وهي المنتفعة بها.

٦ - لو نشزت الزوجة حاملاً فإن قلنا: نفقة الحامل لها سقطت بالنشوز، وإن قلنا للحمل: لم تسقط به.

٧ - الحامل من وطء الشبهة أو نكاح فاسد هل تجب نفقتها على الواطئ؟ إن قلنا: النفقة لها لم تجب؛ لأن النفقة لا تجب للموطوءة بشبهة ولا في نكاح فاسد؛ لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها إلا أن يسكنها في منزل يليق بها تحصيناً لمائه فيلزمها ذلك ذكره في المحرر وتجب لها النفقة حينئذ ذكره الشيخ تقي الدين، وإن قلنا: النفقة للحمل وجبت؛ لأن النسب لاحق بهذا الواطئ، ونص أحمد في رواية ابن الحكم على وجوب النفقة لها، وقال الشيخ تقي الدين: يتوجه وجوب النفقة لها مطلقاً من غير حمل كما يجب لها المهر المسمى ويتقرر بالخلوة على المنصوص؛ لأنها محبوسة عليه في العقد الفاسد، ولا تتزوج عندنا بدون طلاقه وقاسه على العبد المقبوض بعقد فاسد.

٨ - لو كان الحمل موسراً بأن يوصي له بشيء فيقبله الأب، فإن قلنا: النفقة له سقطت نفقته عن أبيه، وإن قلنا: لأمه لم تسقط، ذكره القاضي في خلافه.

٩ - لو دفع إليها النفقة فتلفت بغير تفريط، فإن قلنا: النفقة لها لم يلزم بدله، وإن قلنا: للحمل وجب إبدالها؛ لأن ذلك حكم نفقة الأقارب.

١٠ - لو أعتق الحامل من ملك يمينه فهل يلزمه نفقتها؟ إن قلنا: لها لم تجب إلا حيث تجب نفقة العتق، وإن قلنا: النفقة للحمل وجبت بكل حال.

١١ - فطرة المطلقة الحامل إن قلنا: النفقة لها وجبت لها الفطرة، وإن قلنا: للحمل فطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح.

١٢ - هل تجب السكنى للمطلقة الحامل؟ إن قلنا: النفقة لها فلها السكنى أيضاً، وإن قلنا: للحمل فلا سكنى لها ذكره الحلواني في التبصرة.

١٣ - نفقة المتوفى عنها إذا كانت حاملاً، وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاغوني على هذا الأصل، والأظهر: أن الأمر بالعكس وهو أننا إن قلنا: للحمل لم يجب للمتوفى عنها لهذا المعنى، وإن قلنا للمرأة: وجبت؛ لأنها



محبوسة على الميت لحقه فتجب نفقتها من ماله وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحمل .

١٤ - البائن في الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملاً فلها النفقة، ووجوب النفقة للمبتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقة للحمل .

١٥ - لو تزوج امرأة على أنها حُرَّةً فبانت أمةً وهو ممن يباح له نكاح الإماء ففسخ بعد الدخول وهي حامل منه إن قلنا: النفقة للحمل وجبت على الزوج، وإن قلنا: للحامل لم تجب عليه، وذكر في النفقات ما يدل على وجوبها على الروایتين وهو الصحيح؛ لأن هذا نكاح صحيح فيلزم فيه النفقة وفي عدته .

١٦ - لو وطئت الرجعية بشبهة أو نكاح فاسد ثم بان بها حمل يمكن أن يكون من الزوج والواطئ فيلزمها أن تعتد بعد وضعه عدة الواطئ، فأما نفقتها في مدة هذه العدة فإن قلنا: النفقة للحمل فعليهما النفقة عليها حتى تضع؛ لأن الحمل لأحدهما يقيناً ولا نعلم عينه، وإن قلنا: النفقة للحامل فلا نفقة لها على واحد منهما مدة الحمل؛ لأنه يحتمل أنه من الزوج فيلزمه النفقة، ويحتمل أنه من الآخر فلا نفقة لها عليه فلا تجب بالشك، فإذا وضعته فقد علمنا أن النفقة على أحدهما وهو غير معين فيلزمهما جميعاً النفقة حتى ينكشف الأب منهما .

ولو كان الطلاق بائناً فالحكم كما تقدم في جميع ما ذكرنا إلا في مسألة واحدة وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج سواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل؛ لأن النفقة لا تستحق مع البينونة إلا بالحمل وهو غير متحقق هنا أنه منه بخلاف الرجعية ذكر ذلك كله القاضي في المجرد .

ولو قيل في صورة الرجعية إذا قلنا: النفقة للحمل إنها تجب على من خرجت عليه القرعة من الزوج والواطئ، وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما لتوجه .

وقد ذكر صاحب «المغني»: أن المُلَاعِنَةَ لو أنفقت على الولد ثم استلحقه المُلَاعِنُ رجعت عليه؛ لأنها إنما أنفقت لظنها أنه لا أب له، وأمّا إذا قلنا النفقة للحامل فإنها لم تجب لها النفقة على واحد منهما؛ لأن الحامل لا

نفقة لها على الواطئ بشبهة أو في نكاح فاسد كما سبق والزوج ليس بمتمكن من الاستمتاع بها في حال الحمل؛ لأن الرجعية إذا حملت في عدتها من شبهة انقطعت عدة الزوج في مدة الحمل وحرم على الزوج الاستمتاع بها، وهل له رجعتها في هذه المدة لبقاء بقية عدته عليها؟ على وجهين وجزم القاضي في خلافه بالمنع ورجح صاحب المغني الجواز، وعلى الوجهين: لا نفقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج، سواء كانت مكنت من الوطء أو لا، فإنه لو غصبها غاصب فلا نفقة لها.

### المسألة الخامسة عشرة

#### القتل العمد هل موجه القود عيناً أو أحد أمرين؟

في المسألة روايتان، وقد سبق ذكرهما وفوائدهما في القواعد بما يغني عن إعادتها.

### المسألة السادسة عشرة

#### زوال ملك المرتد بالردة

المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا؟ في المسألة روايتان:

إحدهما: لا يزول ملكه بل هو باقٍ عليه كالمستمر على عصمته - وهو المذهب -.

والثانية: تزول وفي وقت زواله روايتان: إحدهما: من حين موته

مرتداً، والثانية: من حين رده، ولهذا الاختلاف فوائد كثيرة:

١ - لو ارتدَّ في أثناء حول الزكاة فإن قلنا: زال ملكه بالردة انقطع الحَوْل بغير تردد، وإن قلنا: لا يزول، فالمشهور: أن الزكاة لا تجب عليه وإن عاد إلى الإسلام فينقطع الحَوْل أيضاً؛ لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في جميع الحَوْل.

٢ - لو ارتدَّ المعسر ثم أيسر في زمن الردة، ثم عاد إلى الإسلام وقد

أعسر، فإن قلنا: إن ملكه يزول بالردة لم يلزمه الحج باليسار السابق، وإن

قلنا: لا يزول ملكه فهل يلزمه الحج بذلك اليسار؟ فينبني على وجوب العبادات عليه في حال الردة وإلزامه قضاءها بعد عوده إلى الإسلام، والصحيح: عدم الوجوب فلا يكون بذلك مستطيعاً.

٣ - حكم تصرفاته بالمعاضات والتبرعات وغيرها، فإن قلنا: لا يزول ملكه بحال فهي صحيحة نافذة، وإن قلنا: يزول بموته أقر المال بيده في حياته ونفذت معاضاته ووقعت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت فإذا مات ردت كلها وإن لم تبلغ الثلث؛ لأن حكم الردة حكم المرض المخوف وإنما لم تنفذ من ثلثه؛ لأن ماله يصير فيئاً بموته مرتدّاً، وإن قلنا: يزول ملكه في الحال جعل في بيت المال ولم يصح تصرفه فيه بحال، لكن إذا أسلم رد إليه ملكاً جديداً، وإن قلنا: هو موقوف حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها، فإن أسلم أمضيت وإلا تبيناً فسادها.

تنبيه: إنما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله فلو تصرف لغيره بالوكالة صح؛ لأن إبطال تصرفاته إنما هو لزوال ملكه، ولا أثر لذلك.

٤ - لو وُكِّل وكيلاً، ثم ارتدَّ وقلنا: يزول ملكه بطلت وكالته ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح؛ لأن الردة تمنع الإقرار على النكاح، وإن زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردّة حتى عن أمّته الكافرة.

٥ - لو باع شقصاً مشفوعاً في الردّة، فإن قلنا: بصحة بيعه أخذ منه بالشُّفعة، وإلا فلا، ولو بيع في زمن ردّته شقص في شركته، فإن قلنا: ملكه باقٍ أخذ بالشُّفعة وإلا فلا.

٦ - لو حاز مباحاً أو عمل عملاً بأجرة، فإن قلنا: ملكه باقٍ ملك ذلك، وإن قلنا: زال ملكه لم يملكه.

٧ - الوصية له، وفي صحتها وجهان بناء على زوال ملكه، وبقاءه فإن قلنا: زال ملكه لم تصح الوصية له، وإلا صحت.

٨ - ميراثه فإن قلنا: لا يزول ملكه بحال فهو لورثته من المسلمين أو من أهل دينه الذي اختاره على اختلاف الروايتين في ذلك، وإن قلنا:

يزول ملكه من حين الردة أو بالموت فماله فيء ليس لورثته منه شيء .

٩ - نفقة من تلزمه نفقته، فإن قلنا: ملكه باقٍ ولو في حياته أو مراعى أنفق عليهم من ماله مدة الردة، وإن قلنا: زال بالردة فلا نفقة لهم منه في مدة الردة؛ لأنه لا يملكه .

١٠ - قضاء ديونه وهو كالنفقة فيقضى ديونه على الروايات كلها، إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة فلا تقضى منه الديون المتجددة في الردة، وتقضى منه الديون الماضية فإنه إنما يكون فيئاً ما فصلَ عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته؛ لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها .

١١ - لو دبر عبداً ثم ارتدَّ السيد ثم عاد إلى الإسلام، فإن قلنا: لا يزول ملكه فالتدبير بحاله، وإن قلنا: زال ملكه انبنى على أن زوال الملك عن المدبر هل يبطل تدبيره أم لا؟ وجزم ابن أبي موسى ببطلان تدبيره .

### المسألة السابعة عشرة

#### الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا؟

المذهب عند القاضي: أنهم يملكونها من غير خلاف، والمذهب عند أبي الخطاب: أنهم لا يملكونها. وقال الشيخ تقي الدين: إن أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه، وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك، والصواب: أنهم يملكونها ملكاً مقيداً لا يساوي أملاك المسلمين من كل وجه، ولهذا الخلاف فوائد:

١ - أن من وجد من المسلمين عين ماله قبل القسمة أخذه مجاناً بغير عوض، وإن وجده بعد القسمة، فالمنصوص عن أحمد: أنه لا يأخذه بغير عوض وهل يسقط حقه منه بالكلية أو يكون أحق به بالثمن؟ على روايتين، واختار أبو الخطاب: أنه أحق به مجاناً بكل حال .

٢ - إذا قلنا: يملكون أموال المسلمين فغنمت منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين فإنه يجوز قسمتها والتصرف فيها، ومن قال: لم يملكوها فقياس قوله: إنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف فيها بل توقف كاللُّقطة ذكره صاحب

المغني وغيره، وأما ما عرف مالكة من المسلمين فإنه لا يجوز قسمته بل يرد إليه على القولين ونص عليه أحمد.

٣ - إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين فهي لهم نص عليه أحمد، وقال في رواية أبي طالب: ليس بين الناس اختلاف في ذلك، وهذا مُتَنَزِّل على القول بالملك فإن قيل: لا يملكونها فهي لربها متى وجدها قاله أبو الخطاب في انتصاره.

٤ - لو كان لمسلم أمتان أختان فأبقت إحداهما إلى دار الحرب فاستولوا عليها فله وطء الباقية عنده؛ لأن ملكه زال عن أختها، وقياس قول أبي الخطاب: لا يجوز حتى يحرم الآبقة بعق ونحوه؛ لأنه لا يمنع من وطء إحدى الأختين ابتداء قبل تحريم الأخرى.

٥ - لو استولى العدو على مال مسلم ثم عاد إليه بعد حَوْلٍ أو أَحْوَال، فإن قلنا: ملكوه فلا زكاة عليه لما مضى من المدة بغير خلاف، وإن قلنا: لم يملكوه فهل يلزمه زكاته لما مضى؟ على روايتين بناء على زكاة المال المغصوب والضائع من ربه.

٦ - لو أعتق المسلم عبده الذي استولى عليه الكفار، فإن قلنا: ملكوه، لم يعتق وإلا عتق.

٧ - لو سَبَى الكفارُ أُمَّةً مزوجة بمسلم، فإن قلنا: يملكونها فالقياس: أنه يفسخ النكاح؛ لأنهم يملكون رقبتها ومنافعها فيدخل فيه منفعة بُضعها.

٨ - الزوجة الحرة لا يفسخ النكاح بسبيها؛ لأنهم لا يملكون الحرة بالسبي فلا يملكون بُضعها، وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد: إذا سبيت المرأة ولها زوج ثم استنقذت تعود إلى زوجها إن شاءت، وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبي، ووجهه: أن منافع الحر في حكم الأموال ولهذا تضمن بالغصب على رأي، . . . . فجاز أن يملكوها به منفعة بُضع الحرة، ولا يلزم من ذلك إباحتها وطئها لهم؛ لأن تصرفهم في أموال المسلمين لا يباح لهم، وإن قيل: إنهم يملكونها وعلى هذا فلو سبوا حُرّاً مستأجراً لمسلم انفسخت الإجارة أيضاً.

٩ - لو استولى الكفار على مدبرٍ لمسلم ثم عاد إلى سيده، فهل يبطل تدبيره؟ إن قلنا: إنهم لم يملكوه لم يبطل، وإن قلنا: ملكوه انبنى على أن المدبر إذا زال الملك فيه، فهل يبطل التدبير أم لا؟ على روايتين، وجزم ابن أبي موسى بطلانه هاهنا.

١٠ - المكاتب لا تبطل كتابته؛ لأنه يجوز بيعه ويبقى على كتابته وكذلك المرهون؛ لأن الملك يتنقل فيه بالإرث وغيره والرهن باقٍ.

سؤال: عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشُّفعة قهراً مع أنها معاوضة، فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض؟!

الجواب عنه: أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء، على المنصوص عن أحمد، بل بالحيازة إلى دارهم فعلى هذا لا يثبت لهم تملك في دار الإسلام، وعلى الرواية الأخرى المخرجة: أنهم يملكونها بمجرد الاستيلاء فالمستولى عليه إما أن يكون عقاراً فلا يتصور استيلاؤهم عليه إلا بمصير الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الإسلام، وإما أن يكون منقولاً فالمنقول يخالف حكمه حكم العقار؛ لأن العقار يختص بدار الإسلام والكافر ملتجئ إليها ومستند ومتحقق بها وليس من أهلها بالأصالة فهو كالمستأجر مع المالكين ولهذا يمنع الكافر من إحياء موات في دار الإسلام على قول مع أنه زيادة عمارة وليس الموات ملكاً لمعين من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين؟!

### المسألة الثامنة عشرة

#### ملك الغنيمة بمجرد الاستيلاء، دون نية التملك

المنصوص عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب: أنها تملك بمجرد الاستيلاء وإزالة أيدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فعل الحيازة كالمباحات أم لا؟ على وجهين: قال القاضي في خلافه: لا يملك بدون احتياز التملك، وتردد في الملك قبل القسمة هل هو باقٍ للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها؟ وينبغي على هذا الخلاف فوائد عديدة:

١ - حول الزكاة فإن كانت الغنيمة أجناساً لم ينعقد عليها حَوْل بدون القسمة وجهاً واحداً؛ لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين، وإن كانت جنساً واحداً فوجهان: أحدهما: ينعقد الحَوْل عليهما بالاستيلاء بناء على حصول الملك به قاله القاضي في المجرد وابن عقيل.

والثاني: لا ينعقد بدون القسمة، قاله القاضي في خلافه وحكاه عن أبي بكر وبناء على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا بعيد.

٢ - لو أعتق أحد الغانمين رقيقاً من المغنم بعد ثبوت رِقِّه، أو كان فيهم من يعتق عليه بالملك - كذي الرحم المحرم منه - عتق إن كان بقدر حَقِّه وإن كان حَقُّه دونه فهو كمن أعتق شقيقاً من عبد نصَّ عليه في رواية المروزي واختاره أبو بكر والقاضي في المجرد وقال في الخلاف: لا يعتق حتى يسبق تملكه لفظاً، ووافقه أبو الخطاب في انتصاره ولكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك.

٣ - لو استولد أحد الغانمين جاريةً من السَّبي قبل القسمة، فالمنصوص: أنها تصير أم ولد له ويضمن لبقية الغانمين حقوقهم منها.

٤ - لو أتلف أحد الغانمين شيئاً من الغنيمة قبل القسمة، فإن قلنا: الملك ثابت فيها فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة، ونصَّ عليه أحمد في الاستيلاء، وإن قلنا: لم يثبت الملك فيها فعليه ضمان جميعها.

٥ - لو أسقط الغانم حَقَّه قبل القسمة، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه مبنيٌّ على الخلاف فإن قلنا: ملكوها لم يسقط الحق بذلك، وإلا سقط وهو ظاهر ما ذكره القاضي في خلافه.

والثاني: يسقط على القولين لضعف الملك، وعدم استقراره وهو ما ذكره صاحب المحرر والترغيب.

٦ - لو مات أحدهم قبل القسمة والاحتياز، فالمنصوص: أن حقه ينتقل إلى ورثته.

٧ - لو شهد أحد الغانمين بشيء من المغنم قبل القسمة، فإن قلنا: قد

ملكوا لم يقبل شهادة أحد الشريكين للآخر، وإن قلنا: لم يملكوا قبلت ذكره القاضي في خلافه، قال الشيخ تقي الدين: وفي قبولها نظر، وإن قلنا: لم يملكوا؛ لأنها شهادة تَجُرُّ نفعاً.

## المسألة التاسعة عشرة

### القسمة هل هي إفراز أو بيع؟

المذهب: أن قسمة الإجماع - وهي: ما لا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه - إفراز لا بيع.

وذهب ابن بطة إلى أنها كالبيع في أحكامه وحكى الآمدي روايتين، قال الشيخ مجد الدين: الذي يتحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد، وإفراز في الباقي.

ويتفرع على الاختلاف في كونها إفرازاً أو بيعاً فوائد كثيرة:

١ - لو كان بينهما ماشية مشتركة فاقسماها في أثناء الحَوْل واستدما خلطة الأوصاف<sup>(١)</sup>، فإن قلنا: القسمة إفراز لم ينقطع الحَوْل بغير خلاف، وإن قلنا: بيع خرج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحَوْل هل يقطعه أم لا؟ - والمذهب: لا ينقطع -.

٢ - إذا تقاسما وصرحا بالتراضي واقتصرا على ذلك فهل يصح؟ إن قلنا: هي إفراز صحت، وإن قلنا: بيع فوجهان حكاهما صاحب الترغيب وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الإيجاب والقبول، وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين.

٣ - لو تقاسموا ثمر النخل والعنب على الشجر أو الزرع المشتد في سنبله خرصاً، أو الربويات - المكيلات والموزونات كالبُرِّ، والذهب - على ما يختارون من كيل أو وزن فإن قلنا: هي إفراز جاز ونصّ عليه أحمد في جواز

(١) خلطة الأوصاف: اشتراك النصابين بعض الأوصاف: مراح، ومسرح، ومحلب، وفحل، ومرعى، جميع الحول.



القسمة بالخرص، وإن قلنا: بيع لم يصح<sup>(١)</sup>، وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التبقية فيجوز على القول بالإفراز دون البيع<sup>(٢)</sup>.

٤ - لو تقاسموا أموالاً ربوية جاز أن يتفرقوا قبل القبض على القول بالإفراز، ولم يجز على القول بالبيع.

٥ - لو كان بعض العقار وقفاً وبعضه طلقاً، وطلب أحدهما القسمة جازت إن قلنا: هي إفراز، وإن قلنا: بيع لم يجز؛ لأنه بيع للوقف فأما إن كان الكل وقفاً فهل يجوز قسمته؟ فيه طريقتان: أحدهما: أنه كإفراز الطلق من الوقف سواء وهو المجزوم به في المحرر.

والثاني: أنه لا يصح قسمته على الوجهين جميعاً على الأصح وهي طريقة الترغيب، وعلى القول بالجواز فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين لا على جهة واحدة صرح به الأصحاب ونقله الشيخ تقي الدين.

٦ - قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعاً إن قلنا: هي إفراز صحت، وإن قلنا: بيع لم تصح، - إذ لا يصح بيع الرهن -.

٧ - إذا اقتسما أرضاً فبنى أحدهما في نصيبه وغرس ثم استحققت الأرض فقلع غرسه وبنائه، فإن قلنا: هي إفراز لم يرجع على شريكه وإن قلنا: بيع رجع عليه بقيمة النقض إذا كان عالماً بالحال دونه ذكره في المغني وجزم القاضي بالرجوع عليه مع قوله: إن القسمة إفراز.

٨ - ثبوت الخيار فيها، وفيه طريقتان: أحدهما: ينبنى على الخلاف فإن قلنا: إفراز لم يثبت فيها خيار، وإن قلنا: بيع ثبت.

والثاني: يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين جميعاً، قاله القاضي في خلافه معللاً بأن ذلك جعل للارتياح فيما فيه الحظ وهذا المعنى موجود في القسمة.

(١) إذ بيع الحب والثمر المتحد الجنس، وسائر الربويات من المكيلات والموزونات لا بد من المعيار الشرعي كيلاً في المكيلات ووزناً في الموزونات، فلا يصح خرصاً.

(٢) إذ لا يجوز بيع الثمر على الشجر قبل بُدُو صلاح الثمر.

- ٩ - ثبوت الشُّفعة فيها، وفيه طريقان: أحدهما: بناؤه على الخلاف، فإن قلنا: إفراز لم يثبت وإلا ثبت، وهو ما ذكره السامري في باب الربا.
- والثاني: لا يوجب الشُّفعة على الوجهين قاله القاضي وصاحب المحرر؛ لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر لثبت للآخر عليه فيتنايان.
- ١٠ - قسمة المتشاركين في الهدي والأضاحي اللحم، فإن قلنا: إفراز جازت وإن قلنا: بيع لم يجز وهذا ظاهر كلام الأصحاب - إذ لا يجوز بيع لحم الهدي والأضاحي -.
- ١١ - لو حلف لا يبيع فقاسم، فإن قلنا: القسمة بيع حث، وإلا فلا ذكره الأصحاب، وقد يقال: الأيمان محمولة على العُرف، ولا تسمى القسمة بيعاً في العُرف فلا يحث بها ولا بالحوالة ولا بالإقالة، وإن قيل: هي بيوع.
- ١٢ - لو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر على الميت دين أو وصية، فإن قلنا: هي إفراز فالقسمة باقية على الصحة، وإن قلنا: بيع فوجهان بناء على الخلاف في بيع التركة المستغرقة بالدين وقد سبق.
- ١٣ - لو ظهر في القسمة غبن فاحش، فإن قلنا: هي إفراز لم يصح لتبين فساد الإفراز، وإن قلنا: بيع صحت وثبت فيها خيار الغبن في البيع ذكره في الترغيب والبلغة.
- ١٤ - لو اقتسما داراً نصفين ثم ظهر بعضها مستحقاً، فإن قلنا: القسمة إفراز انتقضت القسمة لفساد الإفراز، وإن قلنا: بيع لم تنتقض ورجع على شريكه بقدر حقه في المستحق.
- ١٥ - إذا مات رجل وزوجته حامل وقلنا: لها السكنى فأراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء العدة من غير إضرار بها بأن يعلموا الحدود بخط أو نحوه بغير نقض ولا بناء، ففي المغني: يجوز ذلك ولم ينه على الخلاف في القسمة مع أنه قال: لا يصح بيع المسكن في هذه الحال لجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكماً، وهذا يدل على أن هذا يغتفر في القسمة على الوجهين، ويحتمل أن يقال متى قلنا: القسمة بيع، وإن بيع هذا المسكن لا يصح لم تصح القسمة.
- ١٦ - قسمة الدين في ذمم الغُرماء فإن قلنا: القسمة إفراز صحت، وإن قلنا: بيع لم تصح وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين.

١٧ - قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلي<sup>(١)</sup> مع غيبة الآخر أو امتناعه من الإذن بدون إذن الحاكم، وفيه وجهان على قولنا القسمة إفراز، فإن قلنا: هي بيع لم يجز وجهاً واحداً، فأما غير المثلي فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه كالوصي والولي والحاكم.

١٨ - لو اقتسما داراً فحصل الطريق في نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ يتطرق منه، فقال أبو الخطاب وصاحب «المغني» و«المحرر»: تبطل القسمة، وخرج صاحب المغني فيه وجهاً آخر: أنها تصح ويشتركان في الطريق، ويتوجه أن يقال: إن قلنا: القسمة إفراز بطلت، وإن قلنا: بيع صحت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الأصحاب إذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذكر طريقاً صحَّ البيع واستتبع طريقه.

١٩ - لو حلف لا يأكل مما اشتراه زيد فاشتري زيد وعمرؤ طعاماً مشاعاً، وقلنا يحنث بالأكل منه فتقاسماه ثم أكل الحالف من نصيب عمرو فذكر الآمدي: أنه لا يحنث؛ لأن القسمة إفراز حق لا بيع، وهذا يقتضي أنه يحنث إذا قلنا: هي بيع، وقال القاضي: قياس المذهب: أنه يحنث مطلقاً؛ لأن القسمة لا تخرجه عن أن يكون زيدا اشتراه.

## المسألة العشرون

### التصرف الفضولي

التصرفات للغير بدون إذنه هل تقف على إجازته أم لا؟  
وتحتها أقسام:

**القسم الأول:** أن تدعو الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه ويتعذر استئذانه، إمّا للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره، فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الإجازة وهو في الأموال غير مختلف فيه في المذهب وغير

(١) المثلي على المذهب: كل مكيل أو موزون يصح السلم فيه، لا صناعة فيه مباحة، والقيمي: ما عدا ذلك.

مُحتاج إلى إذن حاكم على الصحيح، وفي الأبضاع الصحيح من المذهب: جوازه أيضاً، وفي افتقاره إلى الحاكم خلاف.

فأما الأموال: فكالصدق باللقطة التي لا تملك، وكالصدق بالودائع والغصب التي لا يُعرف ربّها أو انقطع خبره وقد سبق في القواعد استقصاء هذا النوع، ويكون ذلك موقوفاً فإن أجازها المالك وقع له أجره وإلا ضمنه المتصرف وكان أجره له صرح به الصحابة رضي الله عنهم.

وأما الأبضاع: فتزويج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك فإن امرأته تتربص أربع سنين ثم تعتد وتباح للأزواج، وفي توقف ذلك على الحاكم روايتان - والمذهب لا يحتاج إلى حاكم -.

فإن لم يظهر فالأمر على ما هو عليه وإن ظهر، فإن ذلك موقوف على إجازته فإذا قدم فإن شاء أمضاه وإن شاء رده.

**والقسم الثاني:** أن لا تدعو الحاجة إلى هذا التصرف ابتداء بل إلى صحته وتنفيذه بأن تطول مدة التصرف وتكثر ويتعذر استرداد أعيان أمواله، فللأصحاب فيه طريقتان: **أشهرهما:** أنه على الخلاف الآتي ذكره.

**والثاني:** أنه ينفذها هنا بدون إجازة دفعاً لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشتري بتحريم ما قبضه بهذه العقود وهذه طريقة صاحب التلخيص في باب المضاربة وصاحب المغني في موضع منه.

**والقسم الثالث:** أن لا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداءً ولا دواماً فهذا القسم في بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على إجازة المالك وتنفيذه روايتان معروفتان - والمذهب: البطلان - واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالتين:

**إحدهما:** أن يتصرف فيه لمالكة فهذا محل الخلاف الذي ذكرناه وهو نائب في التصرف في ماله بالبيع والإجارة ونحوهما. وأما في النكاح فللأصحاب فيه طريقتان:

**أحدهما:** إجراؤه على الخلاف وهو ما قال الأكثرون.

**والثاني:** الجزم ببطلانه قولاً واحداً وهو طريقة أبي بكر وابن أبي موسى ونصّ أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن القاسم، فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبي ثم أجاز الولي لم ينفذ بغير خلاف كما لو زوجت المرأة نفسها، نعم! لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون إذنهما، أو زوج الولي الكبيرة بدون إذنهما فهل يبطل من أصله أو يقف على إجازتهما؟ على روايتين ذكر ذلك ابن أبي موسى.

**الحال الثانية:** أن يتصرف فيه لنفسه وهو الغاصب ومن يملك مال غيره لنفسه فيجيزه له المالك، فأما الغاصب فذكر أبو الخطاب في جميع تصرفاته الحكمية روايتين:

**إحدهما:** البطلان - وهو المذهب -.

**والثانية:** الصحة قال: وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع والإجارة والنكاح وعلى ذلك جماعة ممن بعده، ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الإجازة، ومنهم من قيده بها كالفاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغني في موضع من كلامهما.

ومن فروع ذلك:

١ - في العبادات المالية لو أخرج الزكاة عن ماله من مال حرام، فالمشهور: أنه يقع باطلاً، ويحكى عن أحمد أنه إن أجاز المالك أجزأته وإلا فلا.

٢ - لو تصدق الغاصب بالمال فإنه لا تقع الصدقة له ولا يثاب عليه قال رسول الله ﷺ: «لا يقبل الله صلاةً بغير طهور ولا صدقة من غلول»<sup>(١)</sup> ولا يثاب المالك على ذلك أيضاً لعدم تسببه إليه، ذكره ابن عقيل في فنونه ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب، ومن الناس من قال: يثاب المالك عليه ورجحه

(١) رواه الجماعة إلا البخاري، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وصححه الألباني في صحيح الجامع رقم (٧٧٤٦).

بعض شيوخنا؛ لأن هذا البر تولد من مال اكتسبه فيؤجر عليه وإن لم يقصده كما يؤجر على المصائب التي تولد له خيراً، وعلى عمل ولده الصالح، وعلى ما ينتفع به الناس والدواب من زرعه وثماره.

٣ - لو غصب شاة فذبحها لمتعته أو قرانه مثلاً فإنه لا يجزئه صرح به الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد؛ لأن أصل الذبح لم يقع قرابة من الابتداء فلا ينقلب قرابة بعده كما لو ذبحها للحمها ثم نوى بها المتعة، وحكى الأصحاب رواية يوقفه على إجازة المالك كالزكاة، ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره فلا يجزيه وبين أن يظنها لنفسه فتجزيه في رواية ابن القاسم وسندي.

٤ - لو أنكح الأمة المغصوبة وفي وقفه على الإجازة الخلاف، وعلى طريقة أبي بكر وابن أبي موسى هو باطل قولاً واحداً.

٥ - وأما من يملك مال غيره لنفسه بعوض أو غيره فيجيزه المالك فهو شبيه بتصرف الفضولي المحض فيخرج على الخلاف فيه، ومن صور ذلك: ما إذا قال: عبد فلان حر في مالي فأجازه المالك، فالمنصوص عن أحمد: أنه لا ينفذ، وخرج ابن أبي موسى وجهاً بنفوذه بالإجازة ويلزمه ضمانه.

**القسم الرابع:** التصرف للغير في الذمة بغير ولاية عليه فإن كان بعقد نكاح ففيه الخلاف السابق، وإن كان ببيع ونحوه، مثل: أن يشتري له في ذمته<sup>(١)</sup> وهو قول الأكثرين الجزم بالصحة هاهنا قولاً واحداً ثم إن أجازه المشتري له ملكه وإلا لزم من اشتراه، واختلف الأصحاب هل تفتقر الحال بين أن يسمى المشتري له في العقد أم لا؟ فمنهم من قال: لا فرق بينهما منهم ابن عقيل وصاحب المغني، ومنهم من قال: إن سماه في العقد فهو كما لو اشترى له بعين ماله ذكره القاضي وأبو الخطاب وابن المني وهو مفهوم كلام صاحب المحرر - وهو المذهب -.

**القسم الخامس:** التصرف في مال الغير بإذنه على وجه تحصل فيه

(١) أي: لا يشتري بعين ماله، كما لو اشترى لزيد بهذا الدينار الذي لزيد.

مخالفة الإذن، وهو نوعان: أحدهما: أن تحصل مخالفة الإذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه، فالصحيح: أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العُرفي، ومن صور ذلك:

١ - ما لو قال له: بعه بمائة فباعه بمائتين فإنه يصح، وكذلك لو قال: اشتر لي بمائة فاشترى له بثمانين.

٢ - لو قال له: بعه بمائة درهم نسيئة فباعه بمائة نقداً فإنه يصح.

٣ - لو قال: بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار فإنه يصح على الصحيح، وفيه وجه: لا يصح لمخالفته في جنس النقد.

٤ - لو قال: بع هذه الشاة بدينار فباعها بدينار وثوب، أو ابتاع شاة وثوباً بدينار فإنه يصح، قال القاضي: هو المذهب ثم ذكر احتمالاً: أنه يبطل في الثوب بحصته من الشاة؛ لأنه من غير الجنس.

٥ - لو أمره أن يشتري له شاةً بدينار فاشترى شاتين بالدينار تساوي كل واحدة منهما ديناراً فإنه يصح، فإن باع إحداهما بدون إذنه، ففيه طريقتان: أحدهما: أنه يخرج على التصرف الفضولي.

والثاني: يصح وجهاً واحداً وهو المنصوص عن أحمد؛ لخبر عروة ابن الجعد.

**النوع الثاني:** أن يقع التصرف مخالفاً للإذن على وجه لا يرضى به الآذن عادة، مثل: مخالفة المضارب والوكيل في صفة العقد دون أصله كأن يبيع المضارب نساءً على قولنا بمنعه منه، أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه، أو يبيع نساءً أو بغير نقد البلد صرح القاضي في المجرد باستواء الجميع في الحكم، فللأصحاب هاهنا طرق:

**أحدها:** - وهو المذهب - أنه يصح ويكون المتصرف ضامناً للمالك وهو اختيار القاضي؛ لأن التصرف هنا مستند أصله إلى إذن صحيح، وإنما وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصح العقد بأصل الإذن ويضمن المخالف لمخالفته في صفته.

ولا فرق أيضاً بين أن يقدر له الثمن أو لا على أصح الطريقتين، وصرّح به القاضي وغيره ونص أحمد على ذلك في رواية الأثرم وأبي داود وابن منصور.

**والثاني:** أنه يبطل العقد مع مخالفته التسمية لمخالفة صريح الأمر بخلاف ما إذا لم يسمه فإنه إنما خالف دلالة العرف.

**والطريقة الثانية:** أن في الجميع روايتين: إحداهما: الصحة والضمان.

**والثانية:** البطلان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصحاح رواية البطلان.

**والطريقة الثالثة:** أن في البيع بدون ثمن المثل وغير نقد البلد إذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتين: البطلان كتصرف الفضولي، والصحة ولا يضمن الوكيل شيئاً؛ لأن إطلاق العقد يقتضي البيع بأي ثمن كان وأي نقد كان.

وكذلك حكم المخالفة في المهر فلو أذنت المرأة لوليّها أن يزوجه بمهر سمته فزوجها بدونه فإنه يصح ويضمن الزيادة نصّ عليه أحمد في رواية ابن منصور، وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل.

وكذا لو لم يسم المهر فإن الإطلاق ينصرف إلى مهر المثل، ويستثنى من ذلك الأب خاصة فإنه لا يلزم في عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه، أو طلبت تمام المهر نصّ عليه في رواية مهناً.

وأما المخالفة في عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل أو وكيل الزوج بدونه فيه ثلاثة أوجه: البطلان وهو قول ابن حامد والقاضي، والصحة وهو قول أبي بكر ومنصوص أحمد، والبطلان بمخالفة وكيله، والصحة بمخالفة وكيلها وهو قول أبي الخطاب، ومع الصحة يضمن الوكيل الزيادة والنقص، وهذا الخلاف من الأصحاب منهم من أطلقه مع تقدير المهر وتركه، ومنهم من خصه بما إذا وقع التقدير فأما مع الإطلاق فيصح الخلع.

**القسم السادس:** التصرف للغير بمال المتصرف، مثل: أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد، ففي المجرد يقع باطلاً رواية واحدة، ومن الأصحاب من خرجه على الخلاف في تصرف الفضولي وهو أصح؛ لأن العقد يقف على



الإجازة وتعيين الثمن من ماله يكون إقراضاً للمشتري له أو هبة له فهو كمن أوجب لغيره عقداً في ماله فقبله الآخر بعد المجلس، وقد نص أحمد على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب.

ولا فرق في ذلك بين عقدٍ وعقد فكل من أوجب عقد الغائب عن المجلس فبلغه قبله فقد أجازاه وأمضاه ويصح على هذه الرواية، وحكى أبو بكر رواية أخرى: أنه لا يصح إلا في مجلس واحد واختارها.

### المسألة الحادية والعشرون

#### الصفقة الواحدة<sup>(١)</sup> هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا؟

فإذا بطل بعضها بطل كلها؟ في المسألة روايتان: أشهرهما: أنها تتفرق، وللمسألة صور:

أحدها: أن يجمع العقد بين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز، فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده.

وهل يبطل في الباقي؟ على روايتين، ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها.

غير أن صاحب «المغني» اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيم كعبددين أحدهما مغضوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض، بخلاف ما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كقفيزين من صَبْرَةٍ واحدة، وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة كما لو قالوا فيما إذا باع معلوماً ومجهولاً إنه لا يصح روايةً واحدةً لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقهما.

وعلى القول بالتفريق فللمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً بتبعيض الصفقة عليه، وله أيضاً الأرش إذا أمسك بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغني في الضمان.

(١) الصفقة الواحدة: أن يجمع في عقد واحد بين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز العقد عليه، أو بين شيئين لا يصح الجمع بينهما بعقد، أو يصح الجمع بينهما ثم يبطل أحدهما.

**الصورة الثانية:** أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفقة ناشئاً من الجمع بينه وبين الآخر، فهنا حالتان:

**إحدهما:** أن يمتاز بعض الأفراد بمزية، فهل يصح العقد بخصوصه أم يبطل في الكل؟ فيه خلاف، والأظهر: صحة المزية، فمن أمثلة ذلك:

- ١ - ما إذا جمع في عقد بين عقد نكاح أم وبنت فهل يبطل فيهما، أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس؟ على وجهين.
- ٢ - ومنها لو جمع حرّاً وابدً للطلول، أو غير خائف للعت بين حرّة وأمة في عقد، ففيه روايتان منصوصتان: **إحدهما:** يبطل النكاحان معاً.

**الثانية:** يصح نكاح الحرة وحدها وهي أصح؛ لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس، فهي كالبنت مع الأم وأولى لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضاً.

- ٣ - ومنها أن يتزوج حرّاً خائف للعت غير وابدً للطلول حرّة تعفه بانفرادها وأمة في عقدٍ وابدً، وفيه وجهان: **أحدهما:** يصح نكاح الحرة وحدها وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد؛ لأن الحرة تمتاز على الأمة بصحة ورود نكاحها عليها فاختصت بالصحة.

**والثاني:** يصح فيهما معاً قاله القاضي وأبو الخطاب في خلافهما؛ لأن له في هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح الجمع بينهما كما لو تزوج أمة ثم حرّة والأول أصح؛ لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة بمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع.

أمّا إذا كان المتزوج عبداً وقلنا بمنعه من نكاح الأمة على الحرة التي تعفه، ففيه وجهان: **أحدهما:** أنه كالحر سواء قاله القاضي وصاحب المحرر.

**والثاني:** يصح جمعه بينهما في عقد بغير خلاف؛ لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الأمة مقارنة نكاحهما وإنما يمتنع بسبق نكاح الحرة.

**الحالة الثانية:** أن لا يمتاز بعضها عن بعض بمزية، فالمشهور: البطلان في الكل إذ ليس بعضها أولى من بعض في الصحة، مثل: أن يتزوج أختين في عقد أو خمساً في عقد، فالمذهب: البطلان.

ونقل عنه ابن منصور: إذا تزوج أختين في عقد يختار إحداهما، وتأوله القاضي على أنه يختارها بعقد مستأنف وهو بعيد، وخرج القاضي فيما إذا زوج الوليان من رجلين وقعا معاً: أنه يقرع بينهما فمن قرع له فهي زوجته.

**الصورة الثالثة:** أن تجمع الصفقة شيئين يصح العقد فيهما، ثم يبطل العقد في أحدهما قبل استقراره فإنه يختص بالبطلان دون الآخر قال القاضي وابن عقيل: رواية واحدة؛ لأن التفريق وقع هنا دواماً لا ابتداءً والدوام أسهل من الابتداء، ومع هذا فقد حكوا فيما إذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض الصرف أنه يبطل العقد فيما لم يقبض، وفي الباقي روايتان تفريق الصفقة وهذا تفريق في الدوام إلا أن يقال: القبض في الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه، وأن العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الأصحاب، فيكون التفريق حينئذٍ في الابتداء، غير أن القاضي حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف مع تصريحه في المسألة: بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضي ولا بد تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دواماً قبل استقرار العقد.

وذكر أبو بكر في الشافي: أن مال الزكاة إذا بيع ثم أعسر البائع بالزكاة فللساعي الفسخ في قدرها فإذا فسخ في قدرها فهل يفسخ في الباقي؟ يخرج على روايتي تفريق الصفقة، وهذا تصريح بإجراء الخلاف في التفريق في الدوام فإن الفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد معه فهذا في البيع ونحوه، فأما في النكاح فإن طراً ما يقتضي تحريم إحدى المرأتين بعينها كردة أو رضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وإن طراً ما يقتضي تحريم الجمع بينهما، فإن لم يكن لأحدهما مزية على الأخرى بأن صارتا أختين بإرضاع امرأة واحدة لهما انفسخ نكاحهما، وإن كان لأحدهما مزية بأن صارتا أمّاً وبتناً بالارتضاع فروايتان، أصحهما: يختص الانفساخ بالأم وحدها إذا لم يدخل بهما؛ لأن الاستدامة أقوى من الابتداء، فهو كمن أسلم على أمّ وبناتٍ ولم يدخل بهما فإنه يثبت نكاح البنت دون الأم، والله أعلم.

والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

تم بحمد الله تعالى



## فهرس الكتاب

الموضوع	الصفحة
مقدمة الناشر .....	٥
مقدمة المؤلف .....	٧
القاعدة الأولى: الماء الجاري كالراكد .....	١١
القاعدة الثانية: شعر الحيوان وظفره في حكم المنفصل عنه .....	١٣
القاعدة الثالثة: الزيادة على المجزئ من العبادة .....	١٤
القاعدة الرابعة: يجوز تقديم العبادة بعد سبب وجوبها .....	١٦
القاعدة الخامسة: من عَجَّلَ عبادةً قبل وقت الوجوب، ثم جاء وقت الوجوب وقد تغيَّر الحال .....	١٩
القاعدة السادسة: إذا فعل عبادةً في وقت وجوبها يظن أنها الواجبة عليه .....	٢١
القاعدة السابعة: من تلبَّس بعبادةٍ ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجداً له قبل الشروع لكان هو الواجب دون ما تلبَّس به .....	٢٣
القاعدة الثامنة: من قَدَّرَ على بعض العبادة .....	٢٥
القاعدة التاسعة: العبادات الواقعة على وَجْهِ مُحَرَّم .....	٢٧
القاعدة العاشرة: ما يصح أن يُتَرَجَّم عنه من ألفاظ العبادات، والمعاملات .....	٢٩
القاعدة الحادية عشرة: التَّنْفُلُ لمن عليه فرض .....	٣٠
القاعدة الثانية عشرة: العبادات الواردة على وجوهٍ مُتَعَدِّدةٍ .....	٣٢
القاعدة الثالثة عشر: تغليب الظاهر على الأصل .....	٣٤
القاعدة الرابعة عشر: إذا وجد سبب إيجابٍ أو تحريم .....	٣٧
القاعدة الخامسة عشر: إذا لزم من استصحاب أصلٍ، أو إعمال ظاهر تغير أصلٍ آخر، أو ترك ظاهرٍ آخر .....	٣٨
القاعدة السادسة عشر: إذا تعذَّر الأصل فتعلق الوجوب بالبدل، ثم وُجِدَ الأصلُ جاز الانتقال إليه .....	٤٠
القاعدة السابعة عشر: إذا تقابل شرفُ العبادة، وفضلُها .....	٤٢

٤٣	القاعدة الثامنة عشر: تداخل العبادات .....
	القاعدة التاسعة عشرة: التمكن من الفعل ليس شرطاً في استقرار الواجبات،
٤٦	وعدم سقوطها .....
٤٨	القاعدة العشرون: النماء المتولد من العين .....
٥٠	القاعدة الواحدة والعشرون: وَلَدُ الأُمة والدابة كالجِزء يتبعها .....
٥١	القاعدة الثانية والعشرون: العين المستهلكة في غيرها .....
٥٤	القاعدة الثالثة والعشرون: من وجب عليه إذنٌ أو تصرفٌ فامتنع منه .....
	القاعدة الرابعة والعشرون: تعلق الحق في المال لا يمنع من نقل الملك في
٥٧	هذا المال .....
	القاعدة الخامسة والعشرون: من ثبت له ملك عينٍ بينةٍ أو إقرارٍ فهل يتبعها ما
٥٩	يتصل بها أو تولد منها أم لا؟ .....
٦١	القاعدة السادسة والعشرون: من أتلف شيئاً لدفع أذاه له .....
	القاعدة السابعة والعشرون: من أتلف نفساً أو أفسد عبادةً لنفع يعود إلى نفسه
٦٢	فلا ضمان عليه وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان .....
٦٣	القاعدة الثامنة والعشرون: إذا حصل التلف من فعلين .....
٦٥	القاعدة التاسعة والعشرون: من سُمِح في مقدارٍ يسيرٍ فزاد عليه .....
	القاعدة الثلاثون: إذا أخرج عن ملكه مالاً على وجه العبادة ثم طرأ ما يمنع
٦٦	إجزائه أو وجوبه لم يعد إلى ملكه .....
	القاعدة الحادية والثلاثون: من شرع في عبادة تلزم بالشروع ثم فسدت فعليه
٦٧	قضاؤها على الصفة التي أفسدها .....
٦٨	القاعدة الثانية والثلاثون: يصح استثناء منفعة العين .....
٦٩	القاعدة الثالثة والثلاثون: الاستثناء الحكمي .....
	القاعدة الرابعة والثلاثون: استحقاق منافع العبد بعقد لازمٍ يمنع من سريان
٧١	العتق إليها .....
٧٣	القاعدة الخامسة والثلاثون: من ملك منفعة عينٍ، ثم ملك تلك العين .....
	القاعدة السادسة والثلاثون: من استأجر عيناً ممن له ولاية الإيجار، ثم زالت
٧٥	ولايته .....
	القاعدة السابعة والثلاثون: في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض،
٧٨	وتداخل أحكامها .....

- القاعدة الثامنة والثلاثون: إذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها ... ٨٠
- القاعدة التاسعة والثلاثون: في انعقاد العقود بالكنيات ..... ٨٢
- القاعدة الأربعون: الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها ..... ٨٣
- القاعدة الحادية والأربعون: إذا تعلق بعين حق تعلّقاً لازماً ..... ٨٧
- القاعدة الثانية والأربعون: أداء الواجبات المالية على الفور ..... ٨٨
- القاعدة الثالثة والأربعون: فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد ..... ٩٠
- القاعدة الرابعة والأربعون: في قبول قول الأمانة في الرد والتلف ..... ٩٥
- القاعدة الخامسة والأربعون: انفساخ عقود الأمانات بالتعدي فيها ..... ٩٧
- القاعدة السادسة والأربعون: في العقود الفاسدة هل هي منعقدة أو لا؟ ..... ٩٩
- القاعدة السابعة والأربعون: في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ..... ١٠١
- القاعدة الثامنة والأربعون: كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد ..... ١٠٣
- القاعدة التاسعة والأربعون: القبض في العقود ..... ١٠٦
- القاعدة الخمسون: التملكات القهرية الاضطرارية ..... ١٠٨
- القاعدة الحادية والخمسون: ما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة ..... ١١٠
- القاعدة الثانية والخمسون: التصرف في المملوكات قبل قبضها ..... ١١٤
- القاعدة الثالثة والخمسون: التصرف في عين تعلق بها حق لله تعالى أو لآدمي معين ..... ١٢٠
- القاعدة الرابعة والخمسون: إذا ثبت في عين حق لأحد لم يجز لغيره التصرف بما يسقط هذا الحق قبل استئذانه ..... ١٢٣
- القاعدة الخامسة والخمسون: من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً أو تملكاً؟ وهل ينفذ تصرفه أو لا؟ ..... ١٢٥
- القاعدة السادسة والخمسون: مقارنة الشرط للعقد أو الحكم ..... ١٢٨
- القاعدة السابعة والخمسون: مقارنة الحكم للمانع، أو المانع منه تمنع ثبوته .... ١٣٠
- القاعدة الثامنة والخمسون: الإقلاع عن الفعل الممنوع منه ..... ١٣٥
- القاعدة التاسعة والخمسون: العقود لا تُرد إلا على موجود بالفعل أو بالقوة وأما الفسوخ فترد على المعدوم حكماً ..... ١٣٨
- القاعدة الستون: الفسخ في العقود الجائزة إذا تضمن ضرراً ..... ١٤١

- القاعدة الواحدة والستون: انعزال الحاكم ونوابه ..... ١٤٤
- القاعدة الثانية والستون: من ينعزل قبل العلم بالنعزل ..... ١٤٦
- القاعدة الثالثة والستون: من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به ..... ١٤٧
- القاعدة الرابعة والستون: من توقف نفوذ تصرفه، أو سقوط الضمان أو الحث عنه على الإذن فتصرف قبل العلم به، ثم تبين أن الإذن كان موجوداً هل يكون كتصرف المأذون له أو لا؟ ..... ١٤٩
- القاعدة الخامسة والستون: من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه ..... ١٥٠
- القاعدة السادسة والستون: ولو تصرف مستنداً إلى سبب، ثم تبين خطؤه فيه ... ١٥٢
- القاعدة السابعة والستون: من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره، وكان قد رجع إليه ذلك الحق بهبة أو إبراء ..... ١٥٣
- القاعدة الثامنة والستون: إيقاع العبادات أو العقود أو غيرها مع الشك في شرط صحتها ..... ١٥٥
- القاعدة التاسعة والستون: الإنابة في العقود ..... ١٥٨
- القاعدة السبعون: دخول الفاعل في عموم الفعل المتعدي إلى مفعول أو المتعلق بطرف أو مجرور ..... ١٦١
- القاعدة الحادية والسبعون: ما يجوز الأكل من الأموال بغير إذن مستحقيها ..... ١٦٥
- القاعدة الثانية والسبعون: اشتراط النفقة والكسوة في العقود ..... ١٦٨
- القاعدة الثالثة والسبعون: اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد ..... ١٧١
- القاعدة الرابعة والسبعون: من يستحق العوض عن عمل بغير شرط ..... ١٧٢
- القاعدة الخامسة والسبعون: من يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه ..... ١٧٤
- القاعدة السادسة والسبعون: الشريك في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرة أو إبقاء منفعة ..... ١٧٨
- القاعدة السابعة والسبعون: من اتصل بملكه ملك غيره ..... ١٨٢
- القاعدة الثامنة والسبعون: من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه .. ١٨٥
- القاعدة التاسعة والسبعون: الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن ..... ١٨٧
- القاعدة الثمانون: ما يتكرر حملة من أصول البقول ..... ١٩١
- القاعدة الحادية والثمانون: في التماء المتصل ..... ١٩٢

- القاعدة الثانية والثمانون: في النماء المنفصل ..... ١٩٦
- القاعدة الثالثة والثمانون: تبعية الزيادة المتصلة للنخل ..... ٢٠٧
- القاعدة الرابعة والثمانون: الحمل له حكم قبل انفصاله ..... ٢١١
- القاعدة الخامسة والثمانون: الحقوق خمسة أنواع ..... ٢١٨
- القاعدة السادسة والثمانون: أنواع الملك ..... ٢٢٦
- القاعدة السابعة والثمانون: فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال ..... ٢٢٩
- القاعدة الثامنة والثمانون: الانتفاع بالطريق ..... ٢٣٤
- القاعدة التاسعة والثمانون: أسباب الضمان ثلاثة ..... ٢٣٧
- القاعدة التسعون: الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ..... ٢٣٨
- القاعدة الحادية والتسعون: في ضمان الأموال بالعقد، واليد ..... ٢٤٠
- القاعدة الثانية والتسعون: اجتماع يد الضمان مع يد المالك ..... ٢٤٣
- القاعدة الثالثة والتسعون: الأيدي المترتبة على يد الغاصب ..... ٢٤٦
- القاعدة الرابعة والتسعون: قبض مال الغير بحق من يد قابضه ..... ٢٥٣
- القاعدة الخامسة والتسعون: من أ تلف مال غيره وهو يظن أنه له، أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم تبين خطأ ظنه ..... ٢٥٥
- القاعدة السادسة والتسعون: أداء الأعيان الواجبة عن الغير، بلا إذن ..... ٢٥٩
- القاعدة السابعة والتسعون: الأموال التي غاب، أو جهل أصحابها ..... ٢٦٣
- القاعدة الثامنة والتسعون: دفع المال الذي جهل صاحبه إلى من ادّعاه إذا وصفه ..... ٢٦٥
- القاعدة التاسعة والتسعون: ما يجب بذله من الأموال والمنافع ..... ٢٦٦
- القاعدة المائة: الواجب بالنذر هل يلحق الواجب بالشرع، أو بالمندوب؟ ..... ٢٦٨
- القاعدة الحادية بعد المائة: من خيّر بين شيئين وأمكنه الإتيان بنصفيهما معاً ... ٢٦٩
- القاعدة الثانية بعد المائة: في الأسباب المحرمة ..... ٢٧١
- القاعدة الثالثة بعد المائة: اعتبار المولاة في الفعل الواحد ..... ٢٧٣
- القاعدة الرابعة بعد المائة: الرضا بالمجهول قدراً أو وصفاً ..... ٢٧٥
- القاعدة الخامسة بعد المائة: في إضافة الإنشاءات والإخبارات إلى المبهمات . ٢٧٧
- القاعدة السادسة بعد المائة: ينزل المجهول منزلة المعدوم ..... ٢٨٢
- القاعدة السابعة بعد المائة: تملك المعدوم له نوعان ..... ٢٨٤



- القاعدة الثامنة بعد المائة: ما جهل وقوعه مترتباً أو متقارناً ..... ٢٨٦
- القاعدة التاسعة بعد المائة: المنع من التصرف في المُبهم ..... ٢٨٨
- القاعدة العاشرة بعد المائة: من ثبت له أحد أمرين فاختر، أو أسقط أحدهما ..... ٢٩٢
- القاعدة الحادية عشرة بعد المائة: إذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين فقامت حجة يثبت أحدهما دون الآخر ..... ٢٩٤
- القاعدة الثانية عشرة بعد المائة: تقديم أخف الضررين ..... ٢٩٥
- القاعدة الثالثة عشر بعد المائة: إذا وجدنا جملة ذات عدد موزعة على جملة أخرى ..... ٢٩٧
- القاعدة الرابعة عشرة بعد المائة: إطلاق الشركة هل ينتزل على المناصفة أو هو مُبهم يفتقر إلى تفسير؟ ..... ٣٠٧
- القاعدة الخامسة عشرة بعد المائة: التزام في الحقوق المشتركة ..... ٣٠٩
- القاعدة السادسة عشر بعد المائة: تأخر الملك عن سببه ..... ٣١٣
- القاعدة السابعة عشرة بعد المائة: في العقود المعلّقة ..... ٣١٦
- القاعدة الثامنة عشرة بعد المائة: تعليق فسخ العقد بوجوده ..... ٣١٨
- القاعدة التاسعة عشرة بعد المائة: خروج الخاص من العام وانفراده بحكمه .... ٣٢٠
- القاعدة العشرون بعد المائة: ترجيح ذي القربتين على ذي القرابة الواحدة ..... ٣٢٣
- القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة: تخصيص العموم بالعرف ..... ٣٢٤
- القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة: تخصيص العموم بالعادة: ..... ٣٢٧
- القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة: تخصيص العموم بالشرع ..... ٣٢٨
- القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة: تخصيص العام بسببه الخاص ..... ٣٢٩
- القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة: أقسام النية من حيث العموم، والخصوص، والإطلاق والتقييد ..... ٣٣١
- القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة: دخول الصور التي لا تقصد من العموم في اللفظ ..... ٣٣٥
- القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة: اجتماع المباشرة والتسبب ..... ٣٣٧
- القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة: اختلاف حال المضمون في حالي الجنائية والسراية ..... ٣٤١
- القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة: إذا تغير حال المرمي أو الرامي بين الرمي والإصابة ..... ٣٤٤

- ٣٤٦ ..... القاعدة الثلاثون بعد المائة: الحوائج الأصلية ليست بمال فاضل
- القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة: القدرة على اكتساب المال بالبُضع
- ٣٤٨ ..... - أي: النكاح - ليس بغنى معتبر
- القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة: القدرة على اكتساب المال بالصناعات
- ٣٤٩ ..... غنى بالنسبة إلى النفقة دون غيرها
- ٣٥١ ..... القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة: يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً
- ٣٥٥ ..... القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة: المنع أسهل من الرفع
- القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة: الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه
- ٣٥٧ ..... الوطاء
- القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة: الوطاء المحرم لعارض هل يستتبع
- ٣٥٩ ..... تحريم مقدماته أم لا؟
- ٣٦١ ..... القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة: الواجب بقتل العمد
- القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة: ضمان العين المتعلق بها حق لله تعالى
- ٣٦٧ ..... أو لآدمي
- ٣٧٠ ..... القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة: اجتماع الحقوق المقدرة، وغير المقدرة
- القاعدة الأربعون بعد المائة: مضاعفة الغرم على من سقطت عنه العقوبة
- ٣٧٢ ..... لوجود مانع
- ٣٧٤ ..... القاعدة الحادية والأربعون بعد المائة: إذا أتلّف عيناً تعلق بها حق لله تعالى ...
- ٣٧٥ ..... القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة: ما زال من الأعيان ثم عاد بأصل الخلقة
- ٣٧٨ ..... القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة: البذل يقوم مقام المبدل
- القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة: ما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من
- ٣٨٠ ..... الحقوق
- ٣٨٤ ..... القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة: المعتدة البائن في حكم الزوجات
- القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة: الفرق بين المطلقة الرجعية، وبين
- ٣٨٦ ..... الزوجات
- القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة: أحكام النساء على النصف من أحكام
- ٣٨٧ ..... الرجال في مواضع
- القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة: من أدلى بوارث وقام مقامه في
- ٣٨٨ ..... استحقاق إرثه سقط به

القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة: الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير	٣٨٩
معين في أحكام	٣٩١
القاعدة الخمسون بعد المائة: اعتبار الأسباب في عقود التمليكات	٣٩٣
القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة: دلالة الأحوال تختلف بها دلالة	٣٩٦
الأقوال	٣٩٨
القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة: المحرمات في النكاح	٤٠١
القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة: دخول ولد الولد في مسمى الولد عند	٤٠٥
الإطلاق	٤٠٧
القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة: خروج البضع من الزوج هل هو متقوم	٤١٢
أم لا؟	٤١٣
القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة: ما يتقرر به المهر للمرأة	٤١٨
القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة: ما ينتصف به المهر قبل استقراره،	٤٢٨
وما يسقط به	٤٤٦
القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة: تغير حال المعتدة	٤٤٦
القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة: إذا تعارض أصلان عمل بالأرجح	٤٤٧
منهما	٤٥١
القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة: تعارض الأصل والظاهر	٤٥٣
القاعدة الستون بعد المائة: العمل بالقرعة	٤٥٦
فصل: فوائد تلحق بالقواعد	٤٥٦
المسألة الأولى: ما يدركه المسبوق في الصلاة	٤٥٧
المسألة الثانية: الزكاة هل تجب في عين النصاب أو ذمة مالكة؟	٤٥٨
المسألة الثالثة: المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول	٤٥٩
المسألة الرابعة: الملك في مدة الخيار	٤٦٠
المسألة الخامسة: الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟	٤٦٢
المسألة السادسة: النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا؟	٤٦٦
المسألة السابعة: العبد هل يملك بالتمليك أم لا؟	٤٦٩
المسألة الثامنة: المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا؟	٤٧١
المسألة التاسعة: الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف أم لا؟	
المسألة العاشرة: إجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية؟	

- المسألة الحادية عشرة: الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أو من حين قبوله لها؟ ..... ٤٧٤
- المسألة الثانية عشرة: الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا؟ ..... ٤٧٦
- المسألة الثالثة عشرة: التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة؟ ..... ٤٨١
- المسألة الرابعة عشرة: نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها؟ ..... ٤٨٣
- المسألة الخامسة عشرة: القتل العمد هل موجه القود عيناً أو أحد أمرين؟ ..... ٤٨٦
- المسألة السادسة عشرة: زوال ملك المرتد بالردة ..... ٤٨٦
- المسألة السابعة عشرة: الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا؟ ..... ٤٨٨
- المسألة الثامنة عشرة: ملك الغنيمة بمجرد الاستيلاء ..... ٤٩٠
- المسألة التاسعة عشرة: القسمة هل هي إفراز أو بيع؟ ..... ٤٩٢
- المسألة العشرون: التصرف الفضولي ..... ٤٩٥
- المسألة الحادية والعشرون: الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا؟ ..... ٥٠١
- فهرس الكتاب ..... ٥٠٤